

【刑法】

以下の【事例1】及び【事例2】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

【事例1】

- 1 甲は、動画配信サイト「MeTube」上に自ら撮影・編集した動画を投稿し、不特定多数の第三者に公開していた。甲は、趣味として動画投稿をしていたものの、動画を閲覧した者から批判・非難が殺到する「炎上」を引き起こす内容の動画や、時事的なテーマについて特定の少数派の人々に対して差別的発言をする動画を投稿するなどしてMeTubeのユーザーからの認知度が徐々に高まってきていた。
- 2 ところが、甲はこれに満足せず、さらに動画の視聴回数を増やすためにインパクトのある動画を投稿しようと考えた。そこで、サングラスとマスクを着用して甲であることが分からないような装いで、A県B市にあるC駅前の交番において、同交番に駐在する警察官に道案内を求める観光客を装って警察官を表に出し、警察官による道案内の説明を終えて交番を去るタイミングで、わざとポケット内の白いグラニュー糖入りのポリ袋を落として、甲の覚醒剤所持を警察官に疑わせ、警察官から逃げる様子を撮影し、編集のうえMeTube上に投稿しようと考えた。この計画を実行するにあたり、甲が自らビデオカメラで撮影するのは不自然であることから、甲の知人で、自らもMeTube上に動画を投稿している乙にビデオカメラによる撮影を協力してもらうことにした。甲は、令和7年1月10日、乙に対して上記計画の内容及び甲と警察官の様子をビデオカメラで撮影してほしい旨を伝え、報酬として3万円を支払うこと及び動画投稿後に甲が乙宅に現金3万円を持っていき、そこで報酬を支払うことを約束し、乙はこれを了承した。
- 3 甲及び乙は、令和7年1月17日午後8時に上記計画に基づいて撮影を行うことに決めた。同日、甲は、サングラスとマスクを着用した格好で、C駅前の交番を訪れ、同交番に勤務する警察官Eが対応に当たった。甲は、Dに対して道案内を求め、Dの説明を聞き終ると、交番を出た。そして、交番を出たところで、甲はポケット内にあるグラニュー糖入りのポリ袋を路上に落とし、その場を離れた。Dは、甲が交番を出て歩き出した様子を後ろから眺めており、ポリ袋を落としたことにも気づいたため、すぐにポリ袋が落ちた地点に行った。ポリ袋の中に白い粉が入っていたことから、それが覚醒剤であることを疑い、ポリ袋を拾い上げ、立ち去る甲のもとへ駆け寄ろうとした。すると、甲は、Dの様子に気づき、走り始めた。甲の逃げ足が速かったため、Dは甲に追いつくこともできずに、甲を見失った。Dは、応援の警察官を呼び、覚醒剤の試薬により検査をしたところ、ポリ袋の中の白い粉は覚醒剤ではないことが判明し、その後それがグラニュー糖であることが判明した。C駅周辺はA県内でも有数の繁華街があり、同日午後8時にもDがパトロールをすることが予定されていた。しかし、Dは甲への対応のため、パトロールをすることができなかった。

なお、乙は、C駅前の交番付近の人目に付かないところに隠れて、甲が交番に入る様子からDの追跡を逃れる様子までの一連の甲の行為を持参したビデオカメラで撮影していた。

【設問1】

【事例1】における甲の罪責について、業務に対する罪（刑法第233条又は第234条）が成立するか。なお、軽犯罪法違反及び乙との共犯関係については検討しなくてよい。

【事例2】（仮に、【事例1】における甲の罪責について業務に対する罪が成立するとして、【事例1】の事実が続けて、以下の事実があったものとする。）

- 4 同月18日、甲は、上記の乙が撮影した動画を編集し、「警察官ドッキリ！？お巡りさんの前

で白い粉を落としてみた。」というタイトルの動画（以下「本件動画」という。）をMe T u b e上に投稿した。

同月21日、甲は、協力へのお礼及び報酬の支払のために乙宅へ行った。甲と乙はしばらく談笑し、その後乙が報酬を支払うように求めた。甲は、陰からビデオカメラを向けていたにすぎない乙に報酬を支払うことが惜しくなり、このまま乙宅を出て報酬の支払を免れようと考え、乙に対して「お金をおろしてくるのを忘れてしまった。お金をおろして来週改めて持ってくるということにしてもよいか。」と嘘を言った。乙は、甲が報酬を支払う意思を有し、来週改めて支払いに来てくれると誤信したため、これを承諾し、甲は乙宅を出た。甲と乙は、その後連絡を絶っており、翌週になっても甲は乙に対して上記3万円を支払っていない。

- 5 甲は、A県警も本件動画を閲覧し、Me T u b eのアカウント情報から甲が犯人であることを突き止めて、自らが逮捕されるのも時間の問題であり、逮捕された場合にすぐに釈放されるように手を打とうと考えた。そこで、逮捕に先立ち、以前甲が投稿した動画に出演したことがあり、甲と親しい関係にあるEとの間で、本件動画について、アカウントが乗っ取られ、他の人のいたずら動画が甲のアカウントから投稿されたことにする旨話し合った。そのうえで、甲が逮捕された後、Eが参考人として取調べを受けることになった際には、上記の乗っ取りの事実を話すように言い、Eはそれを了承した。

A県警は、上記のC駅前の交番で行われた甲による行為について、捜査の過程で既に本件動画を閲覧しており、法令によって必要とされる手続を経て投稿者の情報を取得し、甲が犯人であると特定したうえ、同月24日、甲を上記【事例1】で成立する罪を理由に逮捕した。

同月26日、A県警が、甲の友人で、動画投稿者としても活動しているEを参考人として取り調べた。Eは、甲が本件動画について話していなかったか質問を受け、取調べに当たった警察官に対し、「甲はMe T u b eのアカウントが乗っ取られたと言っていた。あの動画（注：本件動画のこと。）に映ってドッキリを仕掛けているのは、アカウントを乗っ取った人か誰かで、甲ではない人物だと思う。」と言って嘘を言い、甲から言われたとおりに本件動画に映るC駅前の交番で行われた行為について、犯人は甲ではないとする虚偽の説明をした。Eによるかかる説明について、供述録取書が作成され、Eはこれに署名・押印をした。

ところが、甲の犯人性を否定する証拠が他になく、甲がEによる上記供述によって釈放されることはなかった。

〔設問2〕

- (1) 【事例2】における甲の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く）。
- (2) 【事例2】4において、甲が乙宅を出た後の事実代わりに、「乙は、乙宅に来たときの甲の様子から、甲が本当は報酬として支払うための現金3万円を所持しているのではないかと疑い、乙宅を離れていた甲のもとへ駆け寄り、甲に対して問いただした。すると甲は曖昧な返答しかなかったため、甲に対して、『払えないならお前の悪事を警察にばらす。』と言った。甲は、警察に逮捕されることを恐れて、所持していた現金3万円を乙に支払った。」という事実があったとする。この場合における乙の罪責について論じなさい。



表

試験科目	受験番号	フリガナ	
刑法Ⅱ		氏名	

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会
 講師：司法試験合格者 高橋 遼太郎
 質問：tarotaroryotaro917ryotaro@outlook.jp
 2025.3.2実施 刑法Ⅱ

刑法 1 頁

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22

刑法 2 頁

23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、憲法的答案用紙です。

行政法的答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申し出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください。(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出は一切応じません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。)で記載することとし、これ以外で記載した場合には、無効答案として零点となります。

(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で1行の場合には横線で消して、その次を書き直してください。

(4) 答案用紙の表裏を書き進めて答案を作成した場合には、表が白紙の時は「裏から記載」、それ以外の時は「裏から記載」とだけ、試験期間中に表の解答欄に記載してください。(試験時間終了後に記載することは認めません。)

(5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。

4 その他

解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

講師：司法試験合格者 高橋 遼太郎

質問：tarotaroryotaro917ryotaro@outlook.jp

2025.3.2実施 刑法II

刑法
3
頁

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

刑法
4
頁

参考答案・解説レジュメ
[第9回 刑法Ⅱ]

第1 設問1について

甲がグラニュー糖入りのポリ袋をDの前で落とした行為につき、偽計業務妨害罪（233条）が成立するか。

1 まず、当該行為により、後述のとおり妨害され得るDのパトロールは、公務員による公務であるところ、公務も「業務」にあたるか。

(1) そもそも、強制力を行使して妨害行為を自力で排除することができる権力的公務は、業務妨害罪によって保護すべきではない。他方で、それ以外の公務はこれに対する妨害行為に対して無力であるから、妨害行為から保護する必要がある。

そこで、強制力を有する権力的公務は「業務」にあたらぬが、それ以外の公務については「業務」にあたりと解する。

(2) 本件では、パトロール自体は、その延長線上に逮捕等の強制力を有する権力的公務がなされ得るとしても、その強制力を行使し得る前段階の行為といえる。そして、偽計による妨害行為に対しては、強制力を行使して対抗することができない。そのため、当該職務は権力的公務ではなく、Dによるパトロールは「業務」にあたる。

2 次に、上記行為は、Dに対し、ポリ袋内の白い粉を覚醒剤であると誤信させるという錯誤を利用しており、「偽計を用い」ている。

3 「妨害した」について、本罪は妨害結果を発生させるおそれのある行為をすれば足りると解すべきところ、上記行為はDに対し覚醒剤事犯への対応を強いて、本来のパトロール業務を遂行できなくさせ得る行為といえる。

4 よって、偽計業務妨害罪が成立し、甲はその罪責を負う。

第2 設問2(1)について

1 甲が乙に対して、翌週改めて報酬を支払いに来ると嘘をつき、乙宅を出た行為につき、詐欺利得罪（246条2項）が成立するか。

(1) かかる行為は、甲が乙に対して報酬を支払う意思がないにもかかわらず、現金を用意して報酬を支払に来る意思を表示するものである。これは、乙に対し、甲が報酬を支払う意思を有することを誤信させ、一度乙宅の外へ出ることを承諾させるものといえる。そのため、後述の処分行為の判断の基礎となる重要な事実を偽る行為といえ、「欺」く行為がある。

(2) また、乙は甲が報酬を支払う意思を有する旨誤信し、錯誤に基づいて甲が乙宅を出ることを承諾した行為は処分行為にあたるか。

この点、判例は債務免除の認識を必要とするため、支払の延期についてのみ認識している上記承諾は処分行為にあたらぬことになる。

しかし、財産上の利益移転等につき被害者に認識させないという詐欺罪の典型的な類型を同罪から除外することになり妥当でない。そこで、事実上弁済を求め、促し得る状態が終局的に移転することの認識が被欺罔者であれば、処分行為にあたりと解する。

本件で、乙は甲が外出することを認識していた以上、弁済を催促する地位が終局的に移転することの認識はあったといえる。そのため、乙の行為は処分行為といえる。

そして、甲は報酬の支払を免れているため財産上不法の利益を得た

といえる。

(3) ところが、詐欺罪は財産犯であるため、その成立のために財産上の損害の発生が必要であるところ、乙が支払を求める報酬は、甲による偽計業務妨害罪という犯罪に協力したことの対価であり、公序良俗に反する行為といえるから、乙には対価請求権が生じない(民法90条)。そのため、甲による上記の欺罔行為により甲が報酬の支払を免れたとしても、財産的損害の発生は認められない。

(4) よって、詐欺利得罪は成立しない。

2 甲が、Eに対して参考人として虚偽の供述をさせたことにつき、犯人隠避罪の教唆犯(61条1項、103条)が成立するか。

(1)ア まず、甲は偽計業務妨害罪という「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」に当たる。

イ また、「隠避」とは、蔵匿以外の方法によって、官憲による発見・身柄の拘束を免れさせる一切の行為をいう。甲が偽計業務妨害罪の犯人ではない旨の虚偽の供述をEが警察官に対してすることは、捜査機関に対して犯人特定を誤らせようとする行為である。そして、たとえ甲が現に身柄拘束されているとしても、身柄の解放によって身柄の拘束を免れさせることになるため、甲が逮捕されていたとしても、Eが参考人として虚偽の供述をする行為は「隠避」にあたる。

ウ そのため、かかる行為につき、Eに犯人隠避罪が成立する。

(2) なお、法が宣誓した証人の虚偽供述のみ偽証罪(169条)で処罰する趣旨に照らし、Eに証拠偽造罪(104条)は成立しないと解する。

(3) では、甲に犯人隠避罪の教唆犯が成立するか。

ア 確かに、期待可能性の欠如ゆえに犯人自身は同罪の主体から除外されているため、甲は同罪の正犯たり得ない。しかし、他人を教唆する場合には、他人を巻き込む点で期待可能性がないとはいえない。そこで、犯人にも教唆犯が成立し得ると解する。

イ そして、甲はHに対し虚偽の供述をするように決意させるという「教唆」(61条1項)に基づきEは上記行為をしているため、教唆行為と正犯の実行行為との間に因果関係もある。また、Eが虚偽の供述をすることに対して認識・認容があるため、故意がある。

よって、犯人隠避罪の教唆犯が成立する。

(4) 以上より、犯人隠避罪の教唆犯が成立し、甲はその罪責を負う。

第2 設問2(2)について

乙が甲に報酬3万円を支払わせた行為について、甲に同額を支払わせるための手段として乙は警察への告発という適法行為(刑事訴訟法239条1項)の告知をしているものの、これも一般人を畏怖させることができる程度の害悪の告知たる脅迫にあたるため、「恐喝」(249条1項)にあたる。

そして、甲は自己の犯罪を見ていた乙の告発によって警察に自己の犯行が発覚し、警察に逮捕されることを恐れて現金3万円を乙に渡している。そのため、甲は畏怖した結果として、自己の意思に基づき「財物を交付」したといえる。

よって、乙は恐喝罪(249条1項)の罪責を負う。

以上

第9回 刑法Ⅱ 解説レジュメ

出題意図

刑法各論分野から出題している。刑法各論は、犯罪類型によって受験生の出来不出来が大きく分かれるという特徴があり、多くの受験生にとって、財産犯は馴染みのある範囲であると考えられる。予備試験だけでもほぼ毎年出題されているとあって過言ではないだろう。そこで、財産犯を主とする問題は過去問演習やゼミに委ねるとして、今回はそれ以外の犯罪類型を中心に出題することにした。

まず、設問1の業務妨害罪については、平成21年の新司法試験以降出題されていないこと、および学説の知識を問う出題があるという近年の傾向を踏まえて、様々な学説が対立している「公務と業務」という論点を交えて出題した。本当は学説対立問題を作りたかったが、刑法全体で4頁の答案にまとめることが難しくなってしまうことを考慮して、自説からの論述のみ要求する問題とした。本レジュメを通じて自説・反対説を押さえておくようにしてほしい。

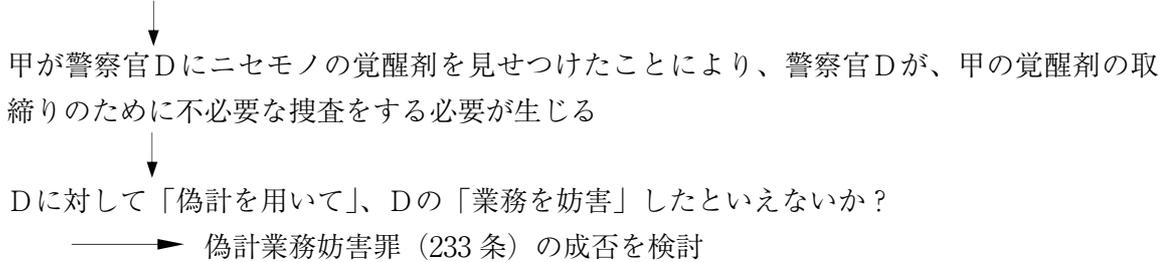
次に、設問2(1)では詐欺利得罪、犯人隠避罪および証拠偽造罪について論じさせる出題をした。詐欺利得罪については令和2年の予備試験にとどまるが、1項詐欺も含めると予備試験では平成24、25、26、30、令和2年、新司法試験では平成19、29、令和1、2年、さらに劇的に合格が難しくなった旧司法試験の終盤で頻繁に出題されている。事案を複雑にしやすく、難しい論点もある点で、これまでも多く出題されてきたものの、今後も出題が予想される。他方、犯人隠避罪および証拠偽造罪については、基本書等で財産犯後に掲載されているものが多い犯罪であるため、受験生の手が回りにくい。個人的法益に対する罪のみならず、放火や文書偽造などの社会的法益に対する罪、および犯人隠避や証拠偽造、賄賂などの国家的法益に対する罪も含めて出題され得ることについて確認する意図で出題した。恐らく答案では、犯人隠避罪の構成要件該当性を検討するにとどめる構成をとる受験生が殆どと考えられるが、採用する見解によって成立する犯罪が様々であることを、問題や本レジュメから理解してほしい。

さらに、設問2(2)では、恐喝罪について出題した。予備試験の過去問演習だけではあまり検討することがない構成要件および論点であるため、再度確認してほしい。

I 設問 1 —— 業務妨害罪の成否

1. 問題となる行為

「交番を出たところで、甲はポケット内にあるグラニュー糖入りのポリ袋を路上に落とし、その場を離れた」(事実3)



【なぜ偽計業務妨害罪なのか？】

構成要件の選択として、業務妨害罪に問擬することは容易に見当がつくと思います。そこで業務妨害罪について規定した条文を探すと、偽計業務妨害罪（233条）と威力業務妨害罪（234条）が見つかります。では、どちらを選択するべきでしょうか。威力と偽計の区別で悩む受験生もいるでしょう。

本問ではDをだましてることから、偽計業務妨害罪という選択がしやすいと思います。他方で、どちらを選択するべきか迷う事案では、妨害行為それ自体とその結果に着目し、妨害行為が相手方からみて、“妨害”行為であることが可視的な場合、または妨害行為の結果が相手方の自由意思を制圧するものである場合には威力業務妨害罪を検討するようにしてください。

例えば、怒号を発して式典の進行を妨げる行為は、式典主催者からみて“妨害”行為であることが明白ですし、これにより式典主催者の自由意思が制圧されるため、威力業務妨害罪が成立します（最決平成 23・7・7参照）。その一方で、警察に対する虚偽通報は、警察にとって当該通報が虚偽であるかは分からないため“妨害”行為が可視的であるとはいえ、また、自由意思の制圧もないため、偽計業務妨害罪が成立します（東京高判平成 21・3・12参照）。

2. 構成要件該当性の検討

(1) 総説

第233条 虚偽の風説を流布し、又は偽計を用いて、人の信用を毀損し、又はその業務を妨害した者は、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

- : ①人の業務
- ②虚偽の風説を流布し、または偽計を用いて
- ③妨害する

(2) 人の業務

ア 「業務」の意義

「業務」：人が社会生活上の地位に基づき継続して行う事務

——→ Dによるパトロールは、Dが警察官という社会生活上の地位に基づいて継続して行う事務なので、「業務」にあたる？

【「業務」性に関する議論（参考）】

「業務」性に関する議論として以下のようなものがあります。

まず、本罪は、人の社会的活動の自由が保護法益なので、学業などの個人的活動、家事などの家庭生活上の活動、娯楽のための活動は「業務」に含まれません。

また、1回的な行為が「業務」に含まれるかが問題となります。判例・通説は反復的または継続的な事務であることを要すると解しています（東京高判昭和30・8・30など）。

さらに、業務は、刑法上の保護に値するものであれば、違法なものであっても業務妨害罪の客体となります。例えば、知事の許可を得ない者により行われた浴場営業は、違法なものであるが、業務妨害罪の客体となります。

イ 公務と業務

Dによるパトロールは、Dが警察官として行う事務なので公務にあたる

——→ 公務は「業務」に含まれるのか？

公務について保護する構成要件として公務執行妨害罪（95条）があるため、これに該当しない場合にまで公務が刑法上保護されることはないのではないか？

(ア) 学説の対立



公務は「業務」に含まれるか

A説 消極説

公務執行妨害罪と業務妨害罪がそれぞれ保護する活動の差異に着目する。

理由：①公務は国家の作用であるところ、個人的法益を保護する業務妨害罪によって保護されるべきではない。

②保護法益を経済的活動の自由と解すると、公務はこれに妥当しない。

結論：およそ公務は「業務」に含まれない。

批判：公務と私人の業務とが、同内容の活動である場合に、両者の保護について差異を生じさせるのは妥当でない。

e.g. 偽計・威力による妨害行為の客体が、国立大学の講義である場合と私立大学の講義である場合に、前者の場合には犯罪が成立しないのに対し、後者の場合には業務妨害罪が成立することになるのは妥当でない

B説 身分振分け説

結論：非公務員の行う公務のみ「業務」に含まれる。

C 説 無限定積極説

業務妨害罪が保護する対象に着目する。

理由：業務妨害罪は個人の社会的活動の自由を保護法益とする犯罪であるところ、公務も公務員としての個人の社会的活動にほかならない。

結論：およそ公務は「業務」に含まれる。

批判：強制力・妨害排除力をもつ公務にまで、暴行・脅迫に満たない弱い手段である威力・偽計による妨害からの保護まで与える必要はない。

D 説 公務振分け説

公務の性質・内容は多様であることから、公務の性質・内容によって区分する。

理由：公務についてのみ 95 条および 233 条・234 条の二重の保護を与える必要はない。

結論：一定の基準（例えば民間類似性など）によって公務を区分し、その一方については公務は「業務」に含まれるとして、もっぱら業務妨害罪の対象とし、他方は「業務」に含まれないとして、もっぱら公務執行妨害罪の対象とする。

批判：公務の公益性に鑑みれば、二重に保護を与えることにも合理性がある。

E 説 限定積極説（通説）

公務の性質・内容は多様であることから、公務の性質・内容によって区分する。

理由：強制力を行使する権力的公務は、これに対する妨害行為を強制力によって排除することができるから、暴行・脅迫による妨害から公務執行妨害罪によって保護すれば足りる。他方で、それ以外の公務は妨害行為を強制力により排除することができないから、業務妨害罪による保護が必要である。

結論：強制力を行使する権力的公務は、「業務」に含まれないが、それ以外の公務は「業務」に含まれる。

備考：厳密には、「一定の基準」によって公務を区分し、一方は公務執行妨害罪のみで保護され、他方は公務執行妨害罪および業務妨害罪で保護されるという見解を「限定積極説」という。そして、その中で「一定の基準」を民間類似性の有無に求める見解や、強制力を行使する権力的公務か否かに求める見解などがある。現在の判例の傾向（最決昭和 62・3・12、最決平成 12・2・17（百選Ⅱ23））は後者の見解に近いものといえ、受験界においても通説的な見解となっている。

F 説 修正限定積極説（有力説）

公務の性質・内容は多様であることから、公務の性質・内容によって区分する。

理由：強制力を行使する権力的公務は、これに対する妨害行為を強制力によって排除することができるから、暴行・脅迫による妨害から公務執行妨害罪によって保護すれば足りる。他方で、それ以外の公務は妨害行為を強制力により排除することができないから、業務妨害罪による保護が必要である。

もっとも、強制力の行使は、偽計による妨害行為の前では無力である。

結論：威力業務妨害罪については、強制力を行使する権力的公務は、「業務」に含まれないが、それ以外の公務は「業務」に含まれる。偽計業務妨害罪については、およそ公務は「業務」に含まれる。

批判：同一の構成要件で規定されている業務妨害罪について、妨害の手段が威力か偽計かによって「業務」の範囲に差異が生じるのは妥当でない。



最決平成 12・2・17 (百選Ⅱ23)

【事案の概要】

被告人Xは町役場において、町長選挙の立候補者を届け出るに際して、受付順位を決定するためのくじをなかなか引こうとせず、立候補者の届出に必要な書類への記載も故意に遅らせ、立候補届出受理の手続を著しく遅延させた。また、県庁において衆議院議員総選挙の立候補者の届出に際しても、上記と同様に手続を著しく遅延させた。最高裁は、X側の上告を棄却した。

【判旨】

「本件において妨害の対象となった職務は、公職選挙法上の選挙長の立候補届出受理事務であり、右事務は、強制力を行使する権力的公務ではないから、右事務が刑法（平成7年法律第91号による改正前のもの）233条、234条にいう『業務』に当たるとした原判断は、正当である」。

(イ) 妨害の客体となる公務

公務員に無駄な職務を行わせる類型

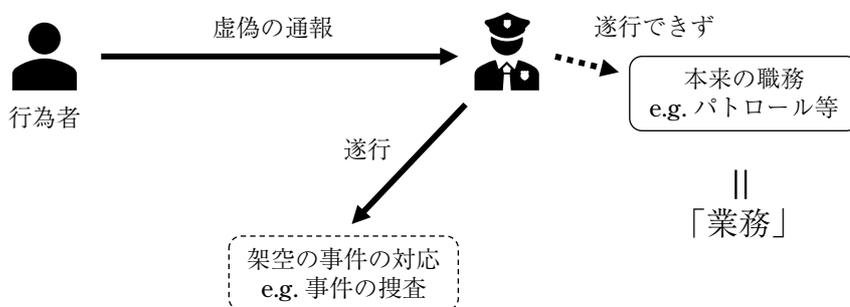
e.g. 虚偽の犯罪事実を通報またはインターネットの掲示板に書き込む

——▶ 警察官が虚偽の犯罪事実に関する捜査を行う

警察官の面前で覚醒剤を所持するかのように偽装する行為

——▶ 警察官が覚醒剤事犯の捜査を行う

——▶ 「被告人の通報さえ存しなければ遂行されたはずの本来の行政事務、パトロール業務、出動待機業務等の業務」（横浜地判平成14・9・5）



東京高判平成 21・3・12

【事案の概要】

被告人Xは、平成20年7月26日、パーソナルコンピュータを操作して、そのような意図がないにもかかわらず、インターネット掲示板に、同日から1週間以内にJR土浦駅において無差別殺人を実行する旨の虚構の殺人事件の実行を予告し、これを不特定多数の者に閲覧させた。同掲示板を閲覧した者からの通報があり、警察署職員8名をして、土浦駅構内及びその周辺等への出動警戒等の徒労の業務に従事させ、その間、同人らは立番業務その他の業務の遂行が困難となった。

【判旨】

「最近の最高裁判例において、『強制力を行使する権力的公務』が本罪にいう業務に当たらないとされているのは、暴行・脅迫に至らない程度の威力や偽計による妨害行為は強制力によって排除

し得るからなのである。本件のように、警察に対して犯罪予告の虚偽通報がなされた場合（インターネット掲示板を通じての間接的通報も直接的 110 番通報と同視できる。）、警察においては、直ちにその虚偽であることを看破できない限りは、これに対応する徒労の出動・警戒を余儀なくさせられるのであり、その結果として、虚偽通報さえなければ遂行されたはずの本来の警察の公務（業務）が妨害される（遂行が困難ならしめられる）のである。妨害された本来の警察の公務の中に、仮に逮捕状による逮捕等の強制力を付与された権力的公務が含まれていたとしても、その強制力は、本件のような虚偽通報による妨害行為に対して行使し得る段階にはなく、このような妨害行為を排除する働きを有しないのである。したがって、本件において、妨害された警察の公務（業務）は、強制力を付与された権力的なものを含めて、その全体が、本罪による保護の対象になると解するのが相当である。」

この判例は、偽計の前では強制力は無力であることを理由に修正積極説に立って、およそ公務が「業務」に含まれるから偽計業務妨害罪の成立を肯定したとも思えますが、本来行えたはずの公務（業務）に強制力を発動する場面が含まれるとしても、未だその段階に至っていないため、妨害行為の客体となった公務が「強制力を行使する権力的公務」ではないとして「業務」にあたることもできます。そのため、限定積極説からでも偽計業務妨害罪の成立を肯定することができます。

(ウ) 本問の検討

甲がグラニュー糖入りのポリ袋をDの前で落とした



→ 妨害の客体は、本来の警察の公務 = 通常の警ら活動 (パトロールなど)

論点：公務も「業務」に含まれるか？

A説・B説・D説 (?)

: パトロールなどは「業務」に含まれない

C説・E説・F説

: パトロールなどは「業務」に含まれる

※ (E説から) パトロールを全体的に捉え、強制力を伴う権力的公務も含まれるとして、「業務」に含まれるとすることもできなくはない

(3) 行為

ア 偽計を用いる

- ・「偽計を用い」る：人を欺罔・誘惑し、あるいは人の錯誤・不知を利用すること
- e.g. ・他人名義で出前を大量の注文する

- ・ 障害物を海底に沈めて漁網を破損させる（大判大正3・12・3）
- ・ 本問における甲の行為＝グラニュー糖入りのポリ袋をDの前で落とした
 - ▶ 実際にはポリ袋の中身はグラニュー糖であるが、グラニュー糖は覚醒剤と同様に白い粉末であり、しかも覚醒剤はポリ袋に入れて所持や取引されることも多いため、Eに対してポリ袋の中身を覚醒剤であると誤信させる行為



「偽計を用い」たといえる

イ 妨害した

甲はグラニュー糖入りのポリ袋をDの前で落としているが、この行為をすれば本罪は成立するのか、それとも妨害結果が発生しなければ本罪は成立しないのか？
罪質と関連して問題となる

(ア) 学説の対立



業務妨害罪の罪質

A説 抽象的危険犯説

認定の容易さに着目する。

理由：業務が現実には妨害されたか否かを認定することは困難である。

結論：業務妨害罪は抽象的危険犯である（妨害結果を発生させるおそれのある行為をすれば足りる）。

備考：判例は抽象的危険犯と解しているとする見解と、具体的危険犯と解しているとする見解がある。いずれにしても、判例は侵害犯ではなく、危険犯と解している。

B説 具体的危険犯説

結論：業務妨害罪は具体的危険犯である（妨害結果を発生させるおそれのある状態が生じることが必要である）。

C説 侵害犯説

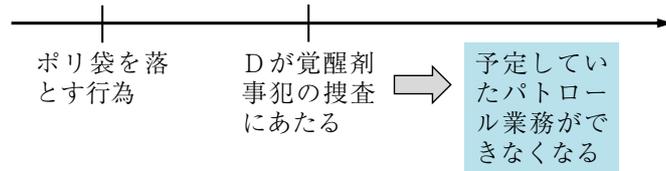
文言および認定の容易さに着目する。

理由：①「妨害した」という文言。

②業務が妨害されたか否かは、名誉毀損罪などとは異なり、ある程度客観的に判断できる。

結論：業務妨害罪は侵害犯である（業務の運営が害されるという結果の発生が必要である）。

(イ) 本問の検討



【抽象的危険犯説】

甲がDの面前でグラニュー糖入りのポリ袋を落とす行為は、Dに対し、袋の中身が覚醒剤であるという錯誤に陥らせ、Dは覚醒剤事犯への対応ないし捜査を余儀なくされることが考えられるため、本来予定されていたパトロール業務を行うことができなくなるという妨害結果を発生させるおそれのある行為といえる

【具体的危険犯説】

甲がDの面前でグラニュー糖入りのポリ袋を落とす行為により、Dは袋の中身が覚醒剤であるという錯誤に陥り、覚醒剤事犯への対応ないし捜査にあたった。これにより、本来予定されていたパトロール業務を行うことができなくなることが考えられることから、妨害結果を発生させるおそれのある状態が生じたといえる

【侵害犯説】

甲がDの面前でグラニュー糖入りのポリ袋を落とす行為により、Dは袋の中身が覚醒剤であるという錯誤に陥り、覚醒剤事犯への対応ないし捜査にあたった。これにより、本来予定されていたパトロール業務を行うことができなくなっているため、「妨害した」といえる。

Ⅱ 設問2(1)

1. 詐欺利得罪の成否

(1) 問題となる行為

「甲は、陰からビデオカメラを向けていたにすぎない乙に報酬を支払うことが惜しくなり、このまま乙宅を出て報酬の支払を免れようと考え、乙に対して「お金をおろしてくるのを忘れてしまった。お金をおろして来週改めて持ってくるということにしてもよいか。」と嘘を言った。乙は、甲が報酬を支払う意思を有し、来週改めて支払いに来てくれると誤信したため、これを承諾し、甲は乙宅を出た。甲と乙は、その後連絡を絶っており、翌週になっても甲は乙に対して上記3万円を支払っていない。」(事実4)

↓
乙に対して嘘をついて報酬の支払いを免れる行為

↓
乙を「欺いて」、「財産上不法の利益を得」たといえないか？

→ 詐欺利得罪(246条2項)の成否を検討

(2) 構成要件該当性の検討

第246条 人を欺いて財物を交付させた者は、10年以下の懲役に処する。

2 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

: ①「欺」く行為

②錯誤

③処分行為

④財産上の利益の取得

⑤財産的損害の発生

※各要件の位置づけについて、学説上議論あり

※以下、1項詐欺と2項詐欺で共通する①～③、⑤の要件については、1項詐欺に関する問題も含めて解説する

ア 「欺」く行為

(ア) 意義

「欺」く行為(欺罔行為):「財産を処分させる手段として、財産についての処分権限をもつ相手方において、財産処分の判断の基礎となる重要な事項に関し、錯誤(思い違い・勘違い)を生じさせる行為」(井田良・後掲書311頁)

* 答案上は、「相手方の処分行為の判断の基礎となる重要な事項を偽る行為」と端的に書くこ

とが多い

- ▶ 言い換えると、錯誤を生じさせる行為は、①相手方に処分行為をさせるための手段であること、②処分行為をする権限をもつ者に対して向けられる行為であること、③財産処分の判断の基礎となる重要な事項に関するものであること、が必要
- ※本問では、甲による嘘は乙に乙宅から出ることの承諾をさせるための手段であり (a)、承諾する乙に対して向けられる行為である (b) から、a(b)は問題とならない

(イ) 財産処分の判断の基礎となる重要な事項に関するものであること (C)

甲の乙に対する嘘が、乙による財産処分の判断の基礎となる重要な事項に関するものといえるか？

【あてはめにおける視点】

e.g. 不動産の賃貸にあたって暴力団組員でないことを誓約させる条項を賃貸借契約書に記載していた不動産の賃貸人に対して、暴力団組員が暴力団組員ではない旨誓約して当該不動産の賃貸借契約の締結を申し込んだ行為 (令和2年予備試験)

- ①どんな錯誤に陥れることを狙っているのかを把握する
賃借人となる者が、実際は暴力団組員であるにもかかわらず、暴力団組員ではないと認識させるという錯誤
- ②錯誤が処分行為をするか否かの判断をするうえで重要な事項に関するものかを検討する
…取引上重要とされる事項 (目的物の属性・品質等) やもし真実を知っていれば処分を行わなかったといえる事項について錯誤を生じさせる行為である場合、「重要な事項」性を肯定する
一般的に、暴力団組員が不動産を賃借すると、不動産の価値が下落するといわれており、これを懸念して賃貸人は暴力団排除条項を規定していた
↓
賃貸借契約を締結するか否かという判断をするうえで、相手方が暴力団組員か否かという事項は重要

(ウ) 本問の検討

- ・ 錯誤の内容について
…実際には、甲は乙に対して報酬3万円を支払うことを免れようとしているが、乙は甲が改めて乙宅に来て報酬を支払うと認識している。
- ・ 重要な事項に関する錯誤か？
…乙の認識どおりであると、甲が改めて翌週に乙宅に来て、報酬3万円を支払うことになる。他方で、支払を免れるために乙宅を出るとすると、甲は乙宅を出た後に戻ってくることはない。そのため、甲が乙宅を出ることを承諾するという処分行為 (⇒〇〇頁) を

するか否かの判断をするうえで重要な事項に関する錯誤といえる。



相手方の財産処分の判断の基礎となる重要な事項について偽ったといえ、「欺」く行為といえる

イ 錯誤

甲の欺罔行為によって、前述のとおり、乙は甲の支払意思の有無について錯誤に陥っている

ウ 処分行為

(ア) 処分行為の内容

詐欺罪が成立するためには、欺罔行為によって相手方が錯誤に陥り、かかる錯誤に基づき処分行為をすることが必要（欺罔行為→錯誤→処分行為、という因果経過が必要）

1 項詐欺：「交付」

2 項詐欺：債務を負担、債務の履行として役務を提供する、債務額・数量より少ない額・数量を正しい額・数量として受け取る、債務を免除する、債務弁済の延期を認めること、など

——▶ 本問では、甲が乙宅を出ることを乙が承諾し、甲の報酬の支払を免れさせている

(イ) 処分意思の要否

乙は甲の報酬の支払いを免れさせているが、乙の認識としては、甲による報酬の支払を一時的に猶予しているにすぎない

——▶ 上記処分行為に完全に対応した処分意思がないため、本罪の処分行為すなわち被欺罔者による意思に基づく財産処分があったといえるのか？
客観的な行為に対応した処分意思が必要か、問題となる



処分意思の要否

A 説 処分意思必要説・意識的処分行為説

理由：処分行為は、詐欺罪を奪取罪と区別するための要件であるところ、具体的な財物の占有移転や財産上の利益の移転について意識的であることを要求しなければ、かかる区別ができなくなる。

結論：処分意思として、具体的な財物の占有移転や財産上の利益の移転についての認識が必要である。

批判：移転する客体を認識させないという最も典型的な類型を詐欺罪から除外するのは妥当でない。

備考：無銭宿泊・飲食（2項詐欺）の事案において、判例は「債権者を欺罔して債務免除の意思表示をなさしめることを要する。」としている（最決昭和 30・7・7）。これに類似する事案について答案で論じる場合、論証の結論として、「債務免除の認識を有することが必要と解する。」と書いてもよい。

B説 処分意思不要説

理由：①財物の占有や財産上の利益の移転が、被欺罔者の意思に基づいてなされれば、詐欺罪を肯定してよい。

②移転する客体を認識させないという最も典型的な類型を詐欺罪から除外するのは妥当でない。（A説批判と同じ）

結論：処分意思は不要である。

批判：窃盗との区別がつかなくなる。

C説 処分意思緩和説（A説とB説の中間的な見解）

理由：①詐欺罪と窃盗罪を区別する必要がある。

②移転する客体を認識させないという最も典型的な類型を詐欺罪から除外するのは妥当でない。（A説批判と同じ）

③そもそも、詐欺罪の成立には「錯誤」と「処分行為」の両方が必要である以上、一部は意識的、一部は無意識的とならざるを得ない。

結論：処分意思は必要である。

①（1項詐欺については）何らかの財物の移転について認識していれば足りる。

②（2項詐欺については）事実上相手方に利益を与えることについての認識が被欺罔者にあれば足りる。

備考：1項詐欺における処分行為（交付行為）と2項詐欺における処分行為との間には差異があると捉え、1項詐欺については具体的な財物の占有移転についての認識を要求しつつ（A説）、2項詐欺については緩和された処分意思を有すれば足りる（C説）とする立場でもよい（井田、佐伯）。



最決昭和 30・7・7（百選Ⅱ53）

【事案の概要】

被告人は所持金がなく、代金を支払う意思もないのに、そのような素振りを見せずに東京都文京区の料亭Aに宿泊・飲食をした。その後、「自動車で帰宅する知人を見送る」と偽り、店先から逃走して、合計3万2290円の支払いを免れた。被告人の上告に対して、最高裁は上告を棄却した。

【判旨】

「詐欺罪で得た財産上不法の利益が、債務の支払を免れたこととするには、相手方たる債権者を欺罔して債務免除の意思表示をなさしめることを要するものであつて、単に逃走して事実上支払をしなかつただけで足りるものではないと解すべきである。されば、原判決が『原（第一審）判示のような飲食、宿泊をなした後、自動車で帰宅する知人を見送ると申欺いて被害者方の店先に立出でたまま逃走したこと』をもつて代金支払を免れた詐欺罪の既遂と解したことは失当であるといわなければならない。しかし、第一審判決の確定した本件詐欺事実は『被告人は、所持金なく且代金支払の意思がないにもかかわらず然らざるものの如く装つて東京都文京区湯島天神町三ノ三四料亭新戸羽事高田新方に於て昭和二七年九月二〇日から同月二二日迄の間宿泊一回飲食三回をなし

同月二日逃亡してその代金合計三万二千二百九十円の支払を免れたものである』というのであるから、逃亡前すでに高田新を欺罔して、代金三二二九〇円に相当する宿泊、飲食等をしたときに刑法二四六条の詐欺罪が既遂に達したと判示したものと認めることができる。されば逃走して支払を免れた旨の判示は、本件犯罪の成立については結局無用の判示というべく、控訴を棄却した原判決は結局正当である。」

この決定にならってその後の下級審判例は判示



東京高判昭和 31・12・5

【事案の概要】

被告人は、昭和 30 年 9 月 2 日から 7 日までホテルに宿泊していたが、所持金が尽き、宿泊料の支払いに困窮した。9 月 7 日、旅館の女中に対して「映画を見に行く」と偽り、そのまま宿泊料を未払いのまま逃走した。東京高裁は、意識的な処分行為が必要であるとして、被告人を無罪とした。

【判旨】

「刑法第 246 条第 2 項の不法利得罪を構成するに必要な被欺罔者の錯誤に基く財産的処分行為は、検察官が所論において言っているように、被欺罔者が錯誤に基いてただ単に代金の請求をしなかつたというだけで足りず、原判決も言っているように、被欺罔者が錯誤に基き債務を免除するとか、支払の猶予を与えらるるとか、その他なんらかの財産上の利益供与に関する積極的な処分行為を必要とするものと言わざるを得ない。」

処分意思の要件の緩和 (?)



東京高判昭和 33・7・7

【事案の概要】

被告人は、旅館に滞在した後、宿泊料等の支払いをせずに当該旅館を立ち去った。この際、被告人は「今晚必ず帰ってくるから」と偽り、その結果、旅館主は被告人に対する即時の支払請求を控え、被告人は宿泊料等の支払いを免れた。東京高裁は、黙示的な支払猶予の意思表示を認めて 2 項詐欺の成立を肯定した。

【判旨】

「刑法第 246 条第 2 項にいう財産上不法の利益の取得が債務の支払を免れたことであるとするには、相手方たる債権者を欺罔して債務免除の意思表示をなさしめた場合たることを要することは所論のとおりであるが、その意思表示は必ずしも明示的たるを要しないものと解しなければならない。……被告人は右旅館を立ち去るに当り、「今晚必ず帰ってくるから」と申し詐り、その為に、判示旅館主をして当然被告人に対して請求し得べき宿泊料等の支払の請求をさせなかつたことが明らかであるので、この「支払の請求をさせなかつたこと」は、とりも直さず、被告人が同旅館を立ち去るに当り、支払を即時にしなくともいい旨、換言すれば同旅館主において被告人の支払を少くとも一時猶予する旨の意思を暗黙に表示させたわけであり、しかも、この暗黙裡の意思表示が被告人の欺罔行為の結果によつてなされたものである所からいつて、被告人は右判示事実につき前記法条による刑事上の責任を負うべき筋合である。」

(ウ) 本問の検討

客観面：甲が乙宅を出ることを乙が承諾

= 甲は立ち去ったまま戻らないため、報酬の支払いを完全に免れた

主観面：乙は支払を一時猶予する意思

- ・ 処分意思必要説（A説）に立つと、処分の事実（客観面）と処分の意思（主観面）の対応が必要となるところ、対応していないため、処分行為を否定することになる
- ・ 処分意思不要説（B説）に立つと、処分の事実がある以上、処分行為を肯定することになる
- ・ 処分意思緩和説（C説）に立つと、確かに乙の処分意思は、処分の事実と完全に合致していないが、事実上相手方に利益を与えることについての認識が乙にある以上、処分行為を肯定することになる

エ 財産上の利益の取得

- ・ 利益を取得する手段が不法なこと

(注) 利益の生じる原因である法律行為が私法上有効であるかは不問

- ・ 本問でも、甲は欺罔行為によって報酬の支払を免れているため、財産上の利益の取得を肯定できる

オ 財産的損害の発生

(ア) 財産的損害の意義

詐欺罪はあくまでも財産犯であるから、何らかの**財産的損害の発生**は必要

e.g. 中学生がその年齢を偽って、18歳未満の青少年に販売されることが条例により禁止されているアダルト雑誌（定価1000円）を自己に定価どおり1000円で販売させた



何をもって「財産的損害」が発生したといえるか？
「財産的損害」内容が問題となる

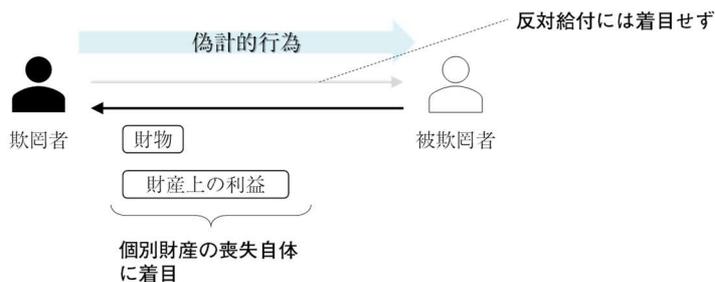


詐欺罪における「財産的損害」の内容

A説 形式的個別財産説（従来の通説）

理由：直前まで支配していた財物または財産上の利益を移転することにより、被害者の財産に一定のマイナス状態が生じる。

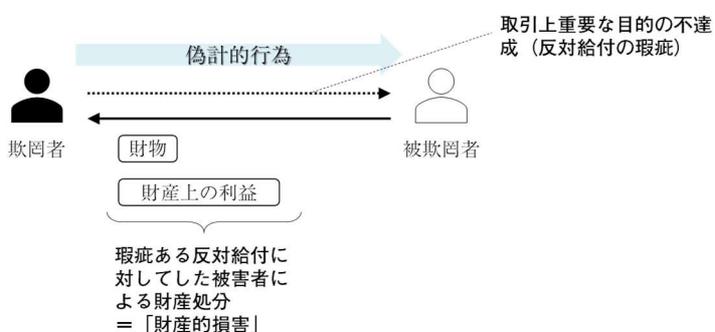
結論：個別財産の喪失それ自体を財産的損害と捉える。



B説 実質的個別財産説

理由：詐欺罪の成否の判断にあたっては、処分行為に対する反対給付の関係を検討することが不可欠である。

結論：被害者が自らの処分行為により追求した取引上重要な目的の不達成がある場合における、被害者による財産処分を財産的損害と捉える。



備考：これは、被害者からみて、自分が処分行為により相手方に移転した財物または財産上の利益と、その反対給付とが、(必ずしも額や数量が問題となるわけではないものの、) 釣り合わない場合に、財産的損害を認めようとする、いわば実質的に損害があったかを考慮する見解である。

【上記事例の場合】

A説（形式的個別財産説）に立つと、売主がアダルト雑誌という個別の財産を処分していることをもって財産的損害を肯定できる。他方、B説（実質的個別財産説）に立つと、売主は反対給付として定価である 1000 円を受け取っており、売主が想定する経済活動の遂行といえるため、取引上重要な目的の不達成とまではいえず、財産的損害を肯定できない（とも考えられる、価値判断の問題？）。

(イ) 不法原因給付と詐欺

i 1項詐欺の場合（参考）

XがYに対して、人を殺すつもりがないのに「人を殺すための資金が欲しい。50万円貸してくれないか。」と電話をかけ、YがXに協力するつもりで、50万円を渡した

——▶ 民法 708 条本文は、「不法な原因のために給付をした者は、その給付したものの返還を請求することはできない。」と規定（趣旨：クリーンハンズの原則）しているため、

人を殺すという不法な行為のためにYがXに 50 万円渡しても、民法上YはXに対して50万円の返還を請求できない



刑法上も、Yの50万円という財産は保護に値しないとして、財産的損害の発生を否定し、詐欺罪の成立を否定するのか？



不法原因給付と1項詐欺

A説 否定説（少数説）

理由：不法原因給付は、民法708条本文によって不当利得返還請求できず、財産的損害がない。

結論：詐欺罪は成立しない。

B説 肯定説（多数説）

理由：①被害者は欺かれなければ財物を交付しなかった。

②交付する財物自体に交付前から不法性があったわけではなく、行為者が不法の原因をつくりだした点で、「受益者」たる行為者にのみ「不法な原因」が存するとして、708条ただし書が適用されるから、被害者には返還請求権が認められる。

結論：詐欺罪は成立する。

ii 2項詐欺罪

代金を支払うと欺いて売春をさせたいと、その後支払を免れる

——▶ 売春行為という公序良俗に反し無効な行為（民法90条）の対価の支払を免れる



そもそも売春行為の対価を請求する権利は認められず、それゆえ財産的損害の発生も認められないとして、詐欺罪の成立は否定されるのか？



不法原因給付と2項詐欺

A説 否定説

理由：売春行為や犯罪行為を内容とする役務提供は公序良俗に反し、財産上の利益にあたらな
い。そして、それが転化した代金債権も同様に要保護性を欠く。

結論：詐欺利得罪は成立しない。

備考：札幌高判昭和27・11・20は、「元来売淫行為は善良の風俗に反する行為であつて、その契約は無効のものであるからこれによつて売淫料債務を負担することはないのである。従つて売淫者を欺罔してその支払を免れても財産上不法の利益を得たとはいひ得ない」としている。

B説 肯定説

理由：詐欺罪の処罰根拠は、単に被害者の財産を保護するだけではなく、社会秩序を維持することにあるところ、売春行為や犯罪行為などの違法な行為は社会秩序を乱す行為である。

結論：詐欺利得罪は成立する。

備考：名古屋高判昭和 30・12・13 は、「民事上契約が無効であるか否かということと刑事上の責任の有無とはその本質を異にするものであり何等関係を有するものでなく、詐欺罪の如く他人の財産権の侵害を本質とする犯罪が処罰されるのは単に被害者の財産権の保護のみにあるのではなく、斯る違法な手段による行為は社会秩序を乱す危険があるからである」としている。

(ウ) 財産的損害の要件上の位置づけ

前述のとおり、財産的損害の発生は必要であるが、246 条に明文で規定されているわけではない。そこで、財産的損害が詐欺罪の構成要件のうち、どのように位置づけられているのか、議論が分かれている。

- (A) 欺罔行為または錯誤の要件の中で財産的損害の検討をする見解（井田、山口）
- (B) 明文上の要件とは別に書かれざる構成要件要素とする見解（高橋）



最決昭和 34・9・28（百選Ⅱ48） [相当対価の給付]

【事案の概要】

被告人は、医師や福岡県知事の指定を受けた電気医療器具販売業者ではないにもかかわらず、そうであるかのように装い、一般的に市販されている電気あんま器（ドル・バイブレーター）を「中風や小児麻痺に特効のある高価で特殊な治療器」と偽って宣伝し、昭和 33 年 1 月から 3 月にかけて 17 名から代金や保証金として現金 2200～2400 円を受け取った。被告人および弁護人は、本件ドル・バイブレーターは小売価格 2100 円の物をほぼ指定小売価格どおり販売しているため、不当に高価で販売したものであるとして上告した。最高裁は上告を棄却した。

【判旨】

「たとえ価格相当の商品を提供したとしても、事実を告知するときは相手方が金員を交付しないような場合において、ことさら商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、金員の交付を受けた場合は、詐欺罪が成立する。そして本件の各ドル・バイブレーターが所論のように D 型で、その小売価格が二、一〇〇円であつたとしても、原判決の是認した第一審判決が確定した事実によると、被告人は判示堀内重夫外一六名に対し判示のごとき虚構の事実を申し向けて誤信させ、同人らから右各ドル・バイブレーターの売買、保証金などの名義のもとに判示各現金の交付を受けたというのであるから、被告人の本件各所為が詐欺罪を構成するとした原判決は正当に帰する。」

【備考】

- ・(A)の見解に立つと、売買の目的物につき「中風や小児麻痺に特効があるか否か」という事項についての錯誤は、代金支払という財産処分決定に重要な影響を与えるため、処分行為の基礎をなす重要な事項について偽ったといえ、欺罔行為にあたることになる。買主にとって売買契約により得たかったものは中風や小児麻痺に特効がある治療機器であったのに対し、実際の反対給付はただの電気あんま器であったため、買主の支払は瑕疵ある反対給付に対する財産処分にあたり、実質的個別財産説からも財産的損害にあたる。この財産的損害があるか否かの検討を、(A)の見解では欺罔行為の検討においてなされる重要事項性に取り込む。
- ・(B)の見解に立つと、独立の構成要件要素として財産的損害を検討することになる。被欺罔者が売買契約において得たかったもの（＝中風や小児麻痺に特効がある治療機器）は、実際に得たもの

(=ただの電気あんま器)以上の価値がある点で、経済的に評価して損害といえるため、財産的損害の発生を肯定する。



最決平成 22・7・29 (百選Ⅱ 50) [搭乗券の詐取]

【事案の概要】

被告人Xは、共犯者Yらと共謀し、中国人Aのカナダへの不法入国を助けるため、航空会社係員を欺いて搭乗券を交付させようとして企てた。Yを搭乗者に装わせて航空券と旅券を提示し、搭乗券を交付させた。航空会社は航空運賃を受領しており実損はないため、財産的損害がないとして詐欺罪が成立しないのではないかが争われた。Xの上告に対し、最高裁は、上告を棄却した。

【判旨】

「航空券及び搭乗券にはいずれも乗客の氏名が記載されているところ、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者に対して旅券と航空券の呈示を求め、旅券の氏名及び写真と航空券記載の乗客の氏名及び当該請求者の容ぼうとを対照して、当該請求者が当該乗客本人であることを確認した上で、搭乗券を交付することとされていた。このように厳重な本人確認が行われていたのは、航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含むものであったことや、本件航空会社がカナダ政府から同国への不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと等の点において、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していたからであって、本件係員らは、上記確認ができない場合には搭乗券を交付することはなかった。また、これと同様に、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者がこれを更に他の者に渡して当該乗客以外の者を搭乗させる意図を有していることが分かっていたら、その交付に応じることはなかった。

2 以上のような事実関係からすれば、搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘して本件係員らに対してその搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによりその交付を受けた行為が刑法 246 条 1 項の詐欺罪を構成することは明らかである。」(下線は本レジュメ筆者による。)



最判平成 26・3・28 (百選Ⅱ 51) [暴力団員によるゴルフ場利用]

【事案の概要】

被告人は、暴力団員であることを秘し、以下のゴルフ場 (B 倶楽部およびD クラブ) で施設利用契約を締結して利用した。B 倶楽部は会員制ゴルフ場であるが、ビジター利用を認めている。また、暴力団関係者の利用を禁止している。被告人は、A と共謀して利用契約を締結し、施設を使用した。D クラブは、会員または紹介者等に限定した施設利用を認めるゴルフ場で、暴力団関係者の利用を禁止しており、被告人はC と共謀して利用契約を締結し、施設を使用した。各ゴルフ場は暴力団関係者の利用を拒否する規定を設けていたが、暴力団関係者かどうかの確認や申告を求める措置は取られていなかった。

被告人は、両ゴルフ場の規定に反して暴力団員であることを秘匿した行為につき、詐欺利得罪に該当するとして起訴され、第1 審および控訴審は詐欺利得罪の成立を認めた。これに対して、被告人は上告申立てをし、最高裁は原判決および第1 審を破棄し、被告人を無罪とした。

【判旨】

「(2) B 倶楽部及びC クラブは、いずれもゴルフ場利用細則又は約款で暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨規定していたし、九州ゴルフ場連盟、宮崎県ゴルフ場防犯協会等に加盟した上、クラブハウス出入口に『暴力団関係者の立入りプレーはお断りします』などと記載された立看板を設

置するなどして、暴力団関係者による施設利用を拒絶する意向を示していた。しかし、それ以上に利用客に対して暴力団関係者でないことを確認する措置は講じていなかった。また、本件各ゴルフ場と同様に暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨の立看板等を設置している周辺のゴルフ場において、暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、被告人らも同様の経験をしていたというのであって、本件当時、警察等の指導を受けて行われていた暴力団排除活動が徹底されていたわけではない。

2 上記の事実関係の下において、暴力団関係者であるビジター利用客が、暴力団関係者であることを申告せずに、一般の利用客と同様に、氏名を含む所定事項を偽りなく記入した『ビジター受付表』等をフロント系の従業員に提出して施設利用を申し込む行為自体は、申込者が当該ゴルフ場の施設を通常の方法で利用し、利用後に所定の料金を支払う旨の意思を表すものではあるが、それ以上に申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない。そうすると、本件における被告人及びDによる本件各ゴルフ場の各施設利用申込み行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為には当たらないというべきである。」(下線は本レジュメ筆者による。)



最決平成 26・4・7 (平 26 重判刑法 8) 【暴力団員による貯金通帳の取得】

【事案の概要】

暴力団員である被告人は、ゆうちょ銀行で貯金口座を開設する際、自己名義で申込書を提出し、通帳およびキャッシュカードを交付された。しかし、申込書の氏名記入欄には「私は、申込書3枚目裏面の内容(反社会的勢力でないことなど)を表明・確約した上、申込みます。」という印字があり、申込書3枚目裏面には、自己が暴力団員等でない旨を表明する虚偽の申告があった場合は口座の取扱いが停止されることが記載されていた。被告人は暴力団員でありながら、申込書に氏名を記入する等し、それを郵便局員に提出して口座開設を行ったことにより、詐欺罪で起訴された。第1審および控訴審は詐欺罪の成立を認め、被告人は上告した。最高裁は、上告を棄却した。

【判旨】

「(2) 政府は、平成 19 年 6 月、企業にとっては、社会的責任や企業防衛の観点から必要不可欠な要請であるなどとして『企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針』等を策定した。

前記銀行〔注：株式会社ゆうちょ銀行〕においては、従前より企業の社会的責任等の観点から行動憲章を定めて反社会的勢力との関係遮断に取り組んでいたところ、前記指針の策定を踏まえ、平成 22 年 4 月 1 日、貯金等共通規定等を改訂して、貯金は、預金者が暴力団員を含む反社会的勢力に該当しないなどの条件を満たす場合に限り、利用することができ、その条件を満たさない場合には、貯金の新規預入申込みを拒絶することとし、同年 5 月 6 日からは、申込者に対し、通常貯金等の新規申込み時に、暴力団員を含む反社会的勢力でないこと等の表明、確約を求めることとしていた。また、前記銀行では、利用者が反社会的勢力に属する疑いがあるときには、関係警察署等に照会、確認することとされていた。そして、本件当時利用されていた総合口座利用申込書には、前記のとおり、1 枚目の『おなまえ』欄の枠内に『私は、申込書 3 枚目裏面の内容(反社会的勢力でないことなど)を表明・確約した上、申込みます。』と記載があり、3 枚目裏面には、『反社会的勢力ではないことの表明・確約について』との標題の下、自己が暴力団員等でないことなどを表明、確約し、これが虚偽であることなどが判明した場合には、貯金の取扱いが停止され、又は、全額払戻しされても異議を述べないことなどが記載されていた。さらに、被告人に應對した局員は、本件申込みの際、被告人に対し、前記申込書 3 枚目裏面の記述を指でなぞって示すなどの方法により、暴力団員等の反社会的勢力でないことを確認しており、その時点で、被告人が暴力団員だと分かっていたらば、総合口座の開設や、総合口座通帳及びキャッシュカードの交付に応じることはなかった。

2 以上のような事実関係の下においては、総合口座の開設並びにこれに伴う総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を申し込む者が暴力団員を含む反社会的勢力であるかどうかは、本件局員

らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、暴力団員である者が、自己が暴力団員でないことを表明、確約して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為に当たり、これにより総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為が刑法 246 条 1 項の詐欺罪を構成することは明らかである。」(下線(波線含む)は本レジュメ筆者による。)

【備考】

暴力団排除条項があった点はゴルフ場の事例と同様であるが、申込者による暴力団員ではないことの表示行為があったか否かが、詐欺罪の成否に影響しているといえる。



- ・判例は欺く行為の有無を判断するにあたって、実質的には財産的損害の有無を検討しているように読めるため、判例は(A)の見解に立っていると解する論者が多い
- ・しかし、いずれの見解であっても、「結論に差があるとは思えない」(西田・後掲書 220 頁)
- ・そこで、司法試験・予備試験の答案では、原則として(A)の見解に立って欺罔行為の枠の中で論じ、実質的な損害が発生しているかが問題となるケースや、後述の不法原因給付が問題となるケースでは例外的に(B)の見解に立って別個独立の構成要件要素として財産的損害を論じるとまとめやすいのではないかと私見。あくまでも答案戦略的に。

(エ) 本問の検討

本問では、偽計業務妨害罪という犯罪行為に協力したことに対する報酬の支払を免れた事案であるから、不法原因給付が問題となるケース

——▶ 財産的損害の発生を独立の要件として検討する



- ・乙の甲に対する債権は、偽計業務妨害罪という甲の犯罪行為を撮影することに協力した対価としての報酬支払請求権
- ・不法原因給付と 2 項詐欺の論点
 - ▶ 詐欺利得罪否定説 (A 説) に立つと、乙の報酬支払請求権は犯罪行為への協力という財産上の利益にあたらぬ役務を引き継いだものなので、乙に財産的損害の発生なし
 - 詐欺利得罪肯定説 (B 説) に立つと、甲の行為によって、乙は債権の準占有を失い、財産的損害の発生あり

2. 犯人隠避罪および証拠偽造罪の教唆犯の成否

(1) 問題となる行為

「……逮捕に先立ち、……Eとの間で、本件動画について、アカウントが乗っ取られ、他の人のいたずら動画が甲のアカウントから投稿されたことにする旨話し合った。そのうえで、甲が逮捕された後、Eが参考人として取調べを受けることになった際には、上記の乗っ取りの事実を話すように言い、Eはそれを了承した。」

「……Eは、甲が本件動画について話していなかったか質問を受け、取調べに当たった警察官に対し、『甲はMeTubeのアカウントが乗っ取られたと言っていた。あの動画（注：本件動画のこと。）に映ってドッキリを仕掛けているのは、アカウントを乗っ取った人か誰かで、甲ではない人物だと思う。』と言って嘘を言い、甲から言われたとおりに本件動画に映るC駅前の交番で行われた行為について、犯人は甲ではないとする虚偽の説明をした。Eによるかかる説明について、供述録取書が作成され、Eはこれに署名・押印をした。」（事実5）



Hが、甲が犯人ではないとする虚偽の供述をした行為ないし供述録取書に署名・押印した行為は、「隠避」（103条）行為および「証拠を……偽造」（104条）する行為にあたる？



甲は、Hに対して、虚偽の供述をするように言い、Hはこれを了承していることから、犯人隠避罪（103条）および証拠偽造罪（104条）の教唆（61条1項）にあたる？

————▶ 犯人隠避罪の教唆犯および証拠偽造罪の教唆犯の成否を検討

(2) 正犯者Eの行為の検討①————犯人隠避罪（103条）

ア 犯人隠避罪の構成要件該当性の検討

第103条 罰金以上の刑に当たる罪を犯した者又は拘禁中に逃走した者を……隠避させた者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

：①罰金以上の刑に当たる罪を犯した者又は拘禁中に逃走した者

②隠避させた

イ 客体

甲は、偽計業務妨害罪に該当する行為を行っているため、「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」にあたる

「罪を犯した者」の範囲（参考）

結果的に無実であっても、犯罪の嫌疑をかけられて捜査対象となる場合もある

————▶ 真犯人が「罪を犯した者」にあたるのは当然であるが、真犯人以外の捜査対象となっている者はこれにあたるか？



「罪を犯した者」の意義をいかに解すべきか。

A 説

文言に着目する。

理由：①103条は「罪を犯した者」と規定している。

②無実の者を蔵匿等する行為による刑事司法作用に対する侵害の程度は低い。

結論：「罪を犯した者」は真犯人に限られる。

批判：蔵匿等に完全に成功すれば真犯人であるか否かについて判断することもできず、結果として本罪で処罰することができなくなるうえ、真犯人を蔵匿等した場合でも蔵匿等者が被蔵匿等者のことを真犯人ではないと誤信していれば故意が常に阻却されるため、妥当でない。

B 説 (判例)

保護法益に着目する。

理由：犯人か否かを確認するために刑事手続があり、犯罪の嫌疑をかけられ捜査の対象となっている者の身柄を確保し、また、刑事手続に対する妨害を防止することで、刑事手続の適正な遂行を図ることができる。

結論：「罪を犯した者」は、真犯人のほか、犯罪の嫌疑をかけられ捜査の対象となっている者をいう。

批判：真犯人が自首した場合に、当該真犯人以外の者が捜査対象となっているときは、同人に対する捜査を妨げることになり、本罪が成立することになってしまう。

C 説

本罪によって保護される範囲を一定程度限定する。

結論：「罪を犯した者」は、真犯人のほか、客観的に犯罪の嫌疑が濃厚であると認められる者をいう。

批判：基準が不明確である。

ウ 行為

- ・「隠避」：蔵匿以外の方法で、官憲による発見・逮捕を免れさせる一切の行為
 - * 「蔵匿」：場所を提供して匿うこと
- ・本罪は、官憲からの身柄の発見・逮捕を困難にするおそれを生じさせれば足りることから、抽象的危険犯である

(ア) 参考人の虚偽供述と隠避

Eによる虚偽供述ないし供述録取書への署名・押印時、甲は既に逮捕・勾留されていた

= Eの行為は、「罪を犯した者」が既に逮捕・勾留されている場合に、参考人として捜査機関に対して第三者が真犯人である旨供述したりする行為

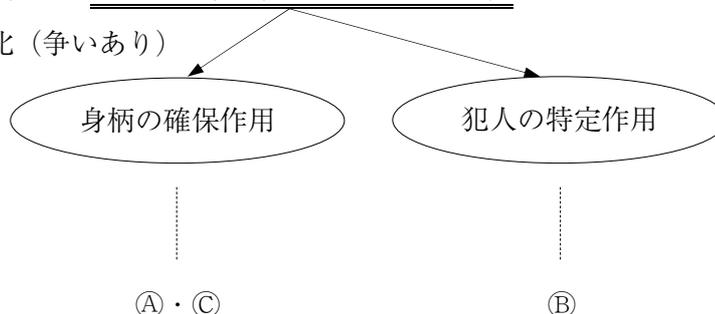
————▶ 既に捜査の対象となっている者は身柄拘束されているため、「身柄の確保」

という作用は何ら害されておらず、「隠避」にあたらぬのではないか？

i 本罪の保護法益

103条の保護法益 = 国家の刑事司法作用の適正な実現

具体化 (争いあり)



ii それぞれの立場からの検討

(i) ①の立場——身柄確保作用 + 「隠避」否定

- ・「隠避」と並んで、身柄の確保を侵害する「蔵匿」が103条の行為類型となっている
- ・「拘禁中に逃走した者」が103条の客体となっている

——> 保護法益を身柄拘束に向けられた司法作用の適正と解すべき

既に身柄拘束されている者を釈放させようとする行為は、身柄拘束状態に変化を及ぼさない以上、「隠避」にあたらぬ

* 「隠避」を否定する他の理由づけ

- ・身柄拘束されていない者の発見・保全を妨害する行為と、既に身柄拘束されている者を釈放させようとする行為とでは、禁止・処罰の必要性に大きな差がある
- ・処罰範囲が広がりすぎてしまい、犯人隠避罪の規定は捜査妨害行為を包括的に処罰する規定となってしまう

(ii) ②の立場——犯人特定作用 + 「隠避」肯定

刑事司法作用には、犯罪捜査、刑事裁判、刑の執行などがあり、103条は、犯人に処罰を免れさせる処罰妨害行為や、捜査権の行使を阻害する捜査妨害行為を含め、広く刑事司法作用を妨害する行為を処罰する

——> 身柄確保に限定した刑事司法作用の保護を目的とするのではなく、保護法益には犯人の特定作用をも含むと解すべき

既に身柄拘束されている者を釈放させようとする行為は、犯人の特定に関する捜査を混乱させ、あるいは妨害ことになり、「隠避」にあたる

(iii) ㉔の立場——身柄確保作用+「隠避」肯定

——→ 保護法益を身柄拘束に向けられた司法作用の適正と解するべき

↓
「刑事司法作用の適正な実現」

：真相究明のための捜査機関の公的な判断を担保すること
とないし裁判を通じて正当な処罰を実現すること

= そのための身柄拘束

↓
場所的・空間的な移転のみによる判断ではなく、国家による処罰の追及から逃れさせる行為かを判断し、これにあたる場合に「隠避」となる。そして、既に身柄拘束されている者を釈放させようとする行為は、現にされている身柄拘束ないし処罰を免れさせるような性質の行為であり、「隠避」にあたる



最決平成 29・3・27 (百選Ⅱ123)

【事案の概要】

Aは、2011年9月18日午前3時25分頃、普通自動二輪車（以下「A車」という。）を運転中に、赤信号を無視して交差点に進入し、右方から進行してきたBの運転する二輪車と衝突し、Bを転倒・滑走させた（以下「本件事故」という。）。本件事故により、Bは外傷性脳損傷等の傷害を負い、その後死亡した。しかし、Aは救護義務や報告義務を果たさずに現場を離れた。

被告人は、Aから同人が本件事故を起こしたことを聞いた。そして、A車の破損状況から捜査機関がAを犯人と特定することを恐れ、Aが逮捕される前に、Aと「A車は盗まれたことにする」という虚偽の話をするので共謀した。

Aは2012年7月8日に通常逮捕され、勾留された。被告人は参考人として警察の取調べを受け、A車が本件事故に関与していると認識していながら、「Aがゼファー（車名）という単車に実際に乗っているのを見たことはない。Aはゼファーという単車を盗まれたと言っていた。単車の事故があったことは知らないし、誰が起こした事故なのか知らない。」などと言って、本件事故当時、A車が盗難被害にあったことを装い、犯人がAではなく別人である旨の供述をした。

被告人の行為について、犯人隠避罪の成否が問題となり、最高裁は以下のように判示した（被告人側の上告を棄却）。

【判旨】

「被告人は、前記道路交通法違反及び自動車運転過失致死の各罪の犯人がAであると知りながら、同人との間で、A車が盗まれたことにするという、Aを前記各罪の犯人として身柄の拘束を継続することに疑念を生じさせる内容の口裏合わせをした上、参考人として警察官に対して前記口裏合わせに基づいた虚偽の供述をしたものである。このような被告人の行為は、刑法 103 条にいう『罪を犯した者』をして現にされている身柄の拘束を免れさせるような性質の行為と認められるのであって、同条にいう『隠避させた』に当たると解するのが相当である（最高裁昭和 63 年（あ）第 247 号平成元年 5 月 1 日第一小法廷決定・刑集 43 卷 5 号 405 頁参照）。したがって、被告人について、犯人隠避罪の成立を認めた原判断は、是認できる。」

(イ) 本問の検討

犯人隠避罪の保護法益をいかに解するか？

- 身柄拘束に向けられた司法作用の適正
 - ①→Eの虚偽供述によっても、身柄拘束状態に変化がないことに着目し、法益侵害のおそれはないとして、「隠避」にはあたらないとする
 - ③→Eの虚偽供述によって身柄を解放されるおそれがあることに着目し、「隠避」にあたるとする
- 犯人の特定作用をも含む司法作用の適正
 - ②→Eの虚偽供述は、犯人の特定に関する捜査を混乱ないし妨害させるものであるから、「隠避」にあたるとする

(3) 正犯者Eの行為の検討②——証拠偽造罪 (104条)

ア 証拠偽造罪の構成要件該当性の検討

第104条 他人の刑事事件に関する証拠を…偽造し……た者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

- : ①他人の刑事事件に関する証拠
 ②偽造した

イ 他人の刑事事件に関する証拠

Eの供述録取書は、「他人」である甲の偽計業務妨害罪という「刑事事件」に関する証拠にあたる

「他人の刑事事件に関する証拠」の要件について、本問とは関係しないため記載を省きましたが、他人の刑事事件に関する証拠が自分の刑事事件に関する証拠でもある場合、これは「他人の刑事事件に関する証拠」にあたるのか、という論点があります。すなわち、確かに「他人の刑事事件に関する証拠」に文言上あたるため、本罪の客体となりそうに思えますが、本罪が自己の刑事事件の証拠については期待可能性の低さゆえに客体にしていけないという趣旨が妥当するのではないか、という論点です。
 重要な論点ですので、基本書等で確認しておくようにしてください。

ウ 偽造

(ア) 証拠の「偽造」の意義

「偽造」: 実在しない証拠を実在するがごとく新たに作出すること
 * 文書偽造罪のように、作成権限の有無は問題とならない

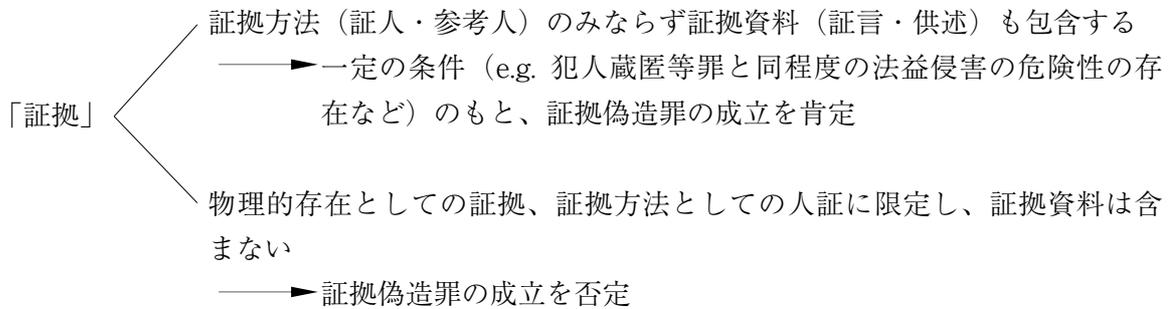
(イ) 参考人の虚偽供述と偽造

本問におけるEのように、参考人が捜査機関に対して虚偽の供述をした場合、証拠の「偽造」

にあたるか？

i 参考人が虚偽の供述をしたこと自体

本罪の客体たる「証拠」の範囲をいかに画するかによって結論が分かれる



他にも、否定する見解の論拠として、偽証罪が宣誓した証人による虚偽供述のみを処罰していることは、それ以外の虚偽供述を処罰しない趣旨であること、移ろいやすいという供述証拠の性質から司法作用への侵害の程度は小さいこと、迎合的供述を招くこと、などが挙げられる。従来の判例も参考人の虚偽供述自体は証拠偽造にあたらないとする。



参考人等の虚偽供述につき証拠偽造罪が成立するか。

A説 肯定説

理由：本罪の客体たる「証拠」には、人証も含まれるところ、証拠方法のみならず、証拠資料も包含する。

結論：参考人の虚偽供述も「証拠」に含まれ、証拠偽造罪が成立する。

B説 否定説

理由：①偽証罪（169条）が宣誓した証人による虚偽供述のみ処罰しているのは、それ以外の場合における虚偽供述を処罰しない趣旨である。

②本罪の客体たる「証拠」は物理的存在としての証拠に限られ、証拠資料は含まれない。

結論：参考人の虚偽供述は「証拠」に含まれず、証拠偽造罪は成立しない。

ii 参考人の虚偽供述について文書化された場合

「証拠」の範囲を物理的存在としての証拠に限定し、虚偽供述自体には証拠偽造罪が成立しないとしても、当該虚偽供述が文書化された場合には、かかる文書は物理的存在である以上、証拠偽造罪が成立するのではないか？



参考人の虚偽供述について文書化された場合、証拠偽造罪が成立するか。

A説 書面限定説

理由：虚偽供述が文書化された場合、証拠としての重要性が強化される。

結論：虚偽供述が文書化された場合には、証拠偽造罪が成立する。

B説 供述書限定説

理由：虚偽供述が文書化された場合、物理的存在となるが、通常、捜査機関に対する供述は書面に録取されるため、實際上事情聴取等において真実を述べることを強制することになる。

結論：自ら内容虚偽の供述書を作成した場合には証拠偽造罪が成立するが、虚偽供述に基づき供述録取書が作成されたにとどまる場合には同罪は成立しない。

備考：供述書限定説に立ちつつも、取調べ中に供述書を書く場合には、捜査機関に迎合的な内容の供述書が作成される場合があるため、かかる状況のもと内容虚偽の供述書が作成されたとしても証拠偽造罪は成立しない、つまり取調べ以外の場で内容虚偽の供述書が作成された場合にのみ証拠偽造罪が成立するとする見解もある（亀井）。



最決平成 28・3・31（百選Ⅱ119）

【事案の概要】

Xは、Aと相談しながら、Bが覚醒剤を所持している旨の虚構の話を作り上げ、Aと共に警察署を訪れて、Bを被疑者とする覚醒剤取締法違反事件の参考人として取り調べられた。その際に、Xらは参考人として、虚偽の日撃供述をしたところ、C警部補およびD巡査部長は、Xらの説明、態度等からかかる供述が虚偽であることを認識した。しかし、C警部補およびD巡査部長は、Xらに対し、日撃時期が古いと令状請求できないと示唆したうえ、適当に2か月ほど前に見たことで書いたらよいと言い、Xらはこれに応じて2か月前にもBに会ったことに話を合わせて虚偽の供述を続けた。

D巡査部長は、Xらと相談しながら話を具体化し、Aを供述者とする供述調書の形にした。Aは、内容を確認し、D巡査部長から「正直、僕作ったところあるんで」「そこは流してもうて、注射器とか入ってなかっていう話なんすけど、まあ信憑性を高めるために入れてます」と言われながらも、末尾に署名指印をした。

第1審および控訴審はXの上記行為につき証拠偽造罪が成立するとし、弁護人が上告したが、最高裁は上告を棄却し、職権で以下のように述べた。

【判旨】

「他人の刑事事件に関し、被疑者以外の者が捜査機関から参考人として取調べ（刑訴法 223 条 1 項）を受けた際、虚偽の供述をしたとしても、刑法 104 条の証拠を偽造した罪に当たるものではないと解されるどころ……、その虚偽の供述内容が供述調書に録取される（刑訴法 223 条 2 項、198 条 3 項ないし 5 項）などして、書面を含む記録媒体上に記録された場合であっても、そのことだけをもって、同罪に当たるということとはできない。

しかしながら、本件において作成された書面は、参考人AのD巡査部長に対する供述調書という形式をとっているものの、その実質は、被告人、A、C警部補及びD巡査部長の4名が、Bの覚せい剤所持という架空の事実に関する令状請求のための証拠を作り出す意図で、各人が相談しながら虚偽の供述内容を創作、具体化させて書面にしたものである。

このように見ると、本件行為は、単に参考人として捜査官に対して虚偽の供述をし、それが供述調書に録取されたという事案とは異なり、作成名義人であるD巡査部長を含む被告人ら4名が共同

して虚偽の内容が記載された証拠を新たに作り出したものといえ、刑法 104 条の証拠を偽造した罪に当たる。」

(ウ) 本問の検討

【虚偽供述自体が証拠偽造罪にあたる立場】

E が取調べに際し、警察官に対して虚偽の説明をした行為（～作成された供述録取書に署名・押印した行為）について「証拠」を「偽造」したといえる
——▶ 証拠偽造罪が成立する

【書面限定説の立場】

E の内容虚偽の供述について、供述録取書が作成され、これに署名・押印をしているところ、E は警察官を利用して、同人をして供述録取書という証拠を偽造させたといえる
——▶ 証拠偽造罪が成立する

【供述書限定説の立場】

自ら供述書を作成したわけではなく、いわば受動的に供述録取書が作成されたにすぎない
——▶ 証拠偽造罪は成立しない

(4) 教唆犯甲の行為の検討——犯人隠避罪の教唆犯 (61 条 1 項、103 条)、証拠偽造罪の教唆犯 (61 条 1 項、104 条)

ア 犯人隠避罪および証拠偽造罪の共犯関係

- ・本問で、甲はEに対して、Eが捜査機関に対して甲による犯罪事実について虚偽の供述をするように唆している
= 犯人自身が、虚偽の供述を唆している
- ・ところが、103 条や 104 条は、期待可能性の欠如ゆえに、各犯罪の主体から犯人自身を除外している
——▶ 甲に犯人隠避罪や証拠偽造罪の教唆犯、つまり共犯であれば成立するのか？

(ア) 学説の対立



犯人自身による犯人蔵匿等罪・証拠隠滅等罪の教唆犯の成否

A 説 積極説 (判例)

正犯と共犯との間の期待可能性の程度の違いに着目する。

- 理由：①他人を犯罪に巻き込んでまで処罰を免れようとするのは、もはや期待可能性がないとはいえない。
- ②他人に自己の蔵匿等を唆す行為は、防御権の濫用にあたる。(※証拠偽造罪の場合は理由②は不当である点に注意。)

結論：犯人自身による犯人蔵匿等罪・証拠隠滅等罪の教唆犯も成立する。

批判：この見解は、犯人が他人を教唆する場合には規範的障害があり、適法行為への期待可能性があることを前提とする。しかし、そもそも違法行為ではなく適法行為に出るものの期待たる期待可能性は、違法性の内容に関係づけて存否が判断される必要があるところ、共犯の処罰根拠を因果的共犯論（受験では通説）に求めると、共犯の違法性と正犯の違法性とは質的差異がなく、正犯として期待可能性がないのであれば、それより軽い共犯としての期待可能性もないことになる。

B説 消極説

共犯の処罰根拠との整合性に着目する。

理由：①共犯の処罰根拠を因果的共犯論に求めると、正犯の違法性と共犯の違法性とは質的に差異がなく、共犯行為は正犯行為に比べて程度の軽い違法行為であるから、重い違法行為について期待可能性がなければ、軽い違法行為についても期待可能性がないというべきである。

②犯人が他人と共同したり、他人を利用して間接正犯として行う場合には処罰されないのに、これらに比べて非主体的な教唆の場合には可罰的になるのは不当である。

③蔵匿行為による場合、犯人自身が関与することが前提となっており、これにつき構成要件上犯罪は成立しないのであるから、共犯としても不可罰とするべきである。

結論：犯人自身による犯人蔵匿等罪・証拠隠滅等罪の教唆犯も成立しない。

(イ) 本問の検討

【積極説 (A説)】

- ・ 甲E間で、アカウントの乗っ取りの被害に遭ったことにしようという虚構の事実を作出
- ・ Eが参考人として取調べを受けることになった場合に、Eは上記事実を捜査機関に告げるように、甲はEに対して言っており、Eはこれに了承（教唆の事実）

——▶ Eについて①犯人隠避罪、②証拠偽造罪が成立するという立場に立つことを前提として、甲について①および②の罪の教唆犯が成立することになる

【消極説 (B説)】

そもそも甲は、偽計業務妨害罪の犯人なので、これに関する犯人隠避罪および証拠偽造罪の正犯の主体たり得ず、同様に、期待可能性の欠如ゆえに教唆犯の主体たり得ないため、犯人隠避罪の教唆犯および証拠偽造罪の教唆犯は成立しない

イ 犯人隠避罪の教唆犯および証拠偽造罪の教唆犯の構成要件該当性の検討

第 61 条 人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する。

2 (略)

- ：①人を教唆すること
②被教唆者が犯罪を実行すること

③教唆犯の故意

(ア) 教唆行為 (①)

- ・ 被教唆者に対して特定の犯罪を実行する決意を生じさせる必要がある (※方法・手段は問わない)
- ・ 本問で、「甲が逮捕された後、Eが参考人として取調べを受けることになった際には、上記の乗っ取りの事実 (= 虚偽の事実) を話すように言い、Eはそれを了承した。」(事実5)
 - ▶ Eに (見解によるが) 犯人隠避罪および証拠偽造罪の実行行為をする決意を生じさせる行為といえ、「教唆」したといえる

(イ) 正犯の実行行為 (②)

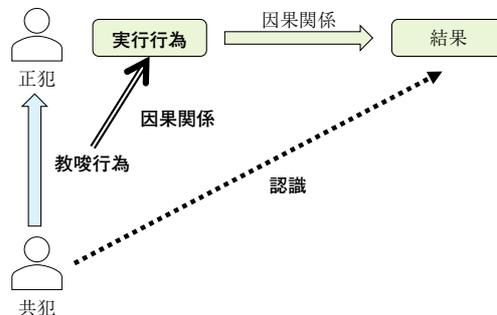
- ・ (共犯従属性説から) 教唆行為の結果として犯罪の実行を決意し、それを実行することが必要である
 - * 教唆行為と正犯の実行行為との間には因果関係が必要である (最判昭和 25・7・11)
- ・ 本問で、Eの虚偽供述ないし供述録取書への署名・押印が犯人隠避罪および証拠偽造罪の実行行為にあたるのであれば、正犯の実行行為を肯定

(ウ) 正犯結果の発生

- ・ 正犯結果の発生による既遂罪の教唆犯が成立する

(エ) 教唆犯の故意 (③)

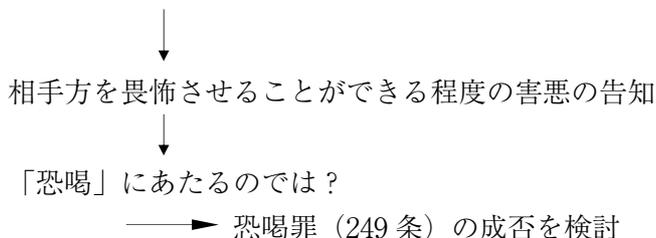
- ・ 共犯の処罰根拠を、正犯の実行行為を通じて間接的に法益侵害の結果ないし危険性を惹起することにある (因果的共犯論・混合惹起説) とすると、法益侵害の結果すなわち正犯の結果まで認識していることが必要となる
- ・ 本問では、甲は、Eによる隠避行為および偽造行為について認識しているため、教唆犯の故意あり



Ⅲ 設問2(2)——恐喝罪の成否

1. 問題となる行為

「甲に対して、『払えないならお前の悪事を警察にばらす。』と言った。甲は、警察に逮捕されることを恐れて、所持していた現金3万円を乙に支払った。」



2. 恐喝罪の構成要件該当性の検討

(1) 総説

第249条 人を恐喝して財物を交付させた者は、10年以下の懲役に処する。
2 (略)

: ①恐喝行為

②財物の交付（処分行為）

※恐喝→畏怖状態の惹起→処分行為→財物の占有の取得という因果経過が必要

(2) 恐喝行為

ア 意義

- ・ 恐喝：財物または財産上の利益を交付させる手段として行われる暴行・脅迫であって、被害者の犯行を抑圧するに至らない程度のもの
- ・ 暴行の態様は、間接的に処分行為者に向けられていれば足りるため、物や第三者に対して加えられた有形力行使であっても恐喝に当たり得る
- ・ 脅迫は、程度としては脅迫罪や強要罪と同様に、相手方を畏怖させる程度の額悪の告知で、告知者がこれを支配できればよいが、害悪が加えられるべき対象が相手方自身またはその親族に限られない

イ 適法行為の告知

悪事を警察にばらす = 犯罪事実を捜査機関に申告
= 告発（刑訴法239条1項）

——▶ 適法な行為であっても、それを内容とする告知は「恐喝」か？



適法行為の告知が脅迫による「恐喝」か

A説 (判例・通説)

理由：適法行為の告知によっても、相手方を畏怖させることができる。

結論：適法行為の告知も脅迫による「恐喝」にあたる。

B説

理由：害悪の告知自体は適法行為であり処罰されない以上、その害悪を受けないことについての安心感は、刑罰による保護の対象とはならないはずである。

結論：適法行為の告知は脅迫による「恐喝」にあたらぬ。

ウ 本問の検討

- ・ 乙が甲に対して、「払えないならお前の悪事を警察にばらす。」と申し向けた行為は、捜査機関への犯罪行為に関する告発（刑訴法 239 条 1 項）にあたるため、告知の内容自体は適法行為

——▶ 適法行為を内容とする告知は「恐喝」か？（論証）



A説：乙による告知が「恐喝」か、別途検討

B説：乙による告知は「恐喝」にあたらぬ

- ・ A説に立つ場合、「自己の犯罪行為を終始撮影していた乙に、犯罪行為について警察に告発され、身柄拘束されてしまうのではないかという恐怖心を惹起させるものといえるため、脅迫を手段とする「恐喝」にあたる

(3) 財物の交付（処分行為）

「甲は、警察に逮捕されることを恐れて、所持していた現金 3 万円を乙に支払った。」

——▶ 甲は警察に逮捕されることにつき恐怖心を抱いており、畏怖している



甲は畏怖した結果として、自らの意思に基づき、「財物」たる現金 3 万円を「交付」している

◎参考文献◎

- 飯島暢「判批」重判平成29年度（ジュリ臨増1518号）161頁以下（2017）
井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、第3版、2023）
伊藤渉「判批」重判令和元年度（ジュリ臨増1544号）148頁以下（2019）
大谷實『刑法講義各論』（成文堂、新版第5版、2019）
高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第5版、2022）
高橋則夫『刑法各論』（成文堂、第4版、2022）
西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論』（弘文堂、第7版、2018）
松原芳博「刑法」法教327号158頁以下（2007）
山口厚『刑法各論』（有斐閣、第2版、2010）

以上

2024年度 第8回予備試験答案練習会
9. 刑法Ⅱ 採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
設問1：業務妨害罪の成否	10		
偽計業務妨害罪（233条）について検討することを指摘している	1	1	
「業務」について検討している（規範：3、あてはめ：3）	7	6	
「偽計を用い」について検討している	8	1	
「妨害した」について検討している	9	1	
結論	10	1	
設問2(1)：甲の罪責について	24		
詐欺利得罪（246条2項）について検討することを指摘している	1	1	
「欺」く行為について検討している（規範：1、あてはめ：2）	4	3	
錯誤および処分行為、財産上の利益の取得について検討している	7	3	
不法原因給付と詐欺利得罪の成否について検討している（規範1：あてはめ：2）	10	3	
犯人隠避罪（103条）および証拠偽造罪（104条）の教唆犯（61条1項）について検討することを指摘している	11	1	
Eによる虚偽供述が犯人隠避罪および証拠偽造罪の構成要件に該当することを検討している（各構成要件要素の検討の充実度により評価）	18	7	
犯人による犯人隠避罪の教唆犯および証拠偽造罪の教唆犯が成立し得るか検討している（規範：1、あてはめ：1）	20	2	
その他教唆犯の構成要件を検討している	23	3	
結論	24	1	
設問2(2)：乙の罪責について	6		
恐喝罪（249条1項）について検討することを指摘している	1	1	
「恐喝」について検討している（規範：1、あてはめ：1）	3	2	
「財物を交付」について検討している	5	2	
結論	6	1	
裁量点	10		
合計	50		

- * 「規範」は、問題提起および論証の正確性も含めて評価する
- * 「あてはめ」は、事実の摘示、評価および規範との対応を評価する
- * 「裁量点」は細かな論点の検討、事案の分析の秀逸性および文章表現力等を評価する

2025年3月2日(日)実施 講師：司法試験合格者 高橋遼太郎

最優秀答案

回答者 K・Rさん

第1 設問1

1(1) 甲が、Dの前でポケット内にあるグラニュー糖入りのポリ袋を路上に落とした行為について、偽計業務妨害罪(刑法233条)が成立しないか。

(2) まず、「虚偽の風説を流布し、又は偽計を用い」ることが必要であるところ、偽計とは、人を欺き、誘惑し、または人の不知、錯誤を利用することをいう。

甲は、Dによる道案内の説明を終えて交番を去る際、ポケット内にあるグラニュー糖入りのポリ袋を落とし、それに気づいたDは、ポリ袋の中の白い粉が覚せい剤であると疑うに至った。

したがって、甲は、ポリ袋の中身が覚醒剤ではなくグラニュー糖であることを知らない、Dの不知を利用したといえる。したがって「偽計を用い」たといえる。

(3) 次に、「業務を妨害した」ことが必要であるところ、まず公務執行妨害罪との関係で、公務は「業務」に含まれるかが問題となる。

公務執行妨害罪の実行行為が暴行・脅迫に限定されているが、それは強制力を行使する権力的公務においては、通常暴行・脅迫に至らない威力による妨害は実力で排除できることを理由とするものであるから、強制力を行使する権力的公務は業務に含まれないと解する。しかし、偽計による妨害は強制力では排除できないから、偽計業務妨害罪における業務には公務も含むべきである。

Dは警察官であり、逮捕等の強制力を行使できる権力的公務であるが、上記の通り本件では甲により偽計が用いられているから、Dの警察官としての公務も業務に含まれる。

また、結果としてDは甲への対応によりパトロールをすることができなくなっており、「妨害」結果も生じている。したがって、「業務を妨害した」といえる。

(4) また、甲は上記行為によってDに覚せい剤所持を疑わせようとしており故意もある。

(5) したがって、甲の上記行為について偽計業務妨害罪が成立する。

第2 設問2(1)

1(1) 甲が乙に対して「お金をおろして来週改めて持ってくる」などと嘘を言った行為について2項詐欺罪が成立しないか。

(2)「人を欺いて」とは、欺罔行為により相手方が錯誤に陥ることをいう。欺罔行為とは、財産上の利益の処分の判断の基礎となる重要な事項に関する人の錯誤を惹起する行為をいう。甲は乙に対して上記嘘を言い、報酬支払意思がないのにあたかも報酬支払意思があり来週支払うかのように事実を偽っている。また、乙は甲に報酬支払意思がないことを知っていれば、報酬の支払いを来週まで猶予することに承諾しないはずであるから、上記行為は、乙の報酬支払猶予という財産上の利益の処分の判断の基礎となる重要な事項に関する人の錯誤を惹起するといえ、欺罔行為にあたる。

また、甲の上記行為によって、乙は甲が報酬支払意思を有し来週改めて支払いに来ると誤信しているから、錯誤に陥っているといえる。したがって、「人を欺いて」いる。

(3)「財産上不法な利益を得」たことは、相手方が錯誤に基づき処分意思をもって財産の処分行為を行い財産上の損害を生じたことをいう。本件において、乙は前述の通り錯誤に陥り、甲に対して報酬支払猶予をしたのであり、報酬支払免除をしたわけではないところ、処分行為は認められるか。ここで、詐欺罪は被害者の意思に基づいて利益が移転するという本質から、処分意思は、利益の移転の外形的な事実の認識があれば足りると解するべきである。したがって、乙には、報酬支払免除の外形的な認識があったといえる。したがって処分意思に基づき処分行為を行ったといえる。また、それによって甲は報酬の支払いを免れ、乙に財産上の損害が生じたといえる。したがって「財産上不法な利益を得」たといえる。また、甲は報酬の支払を免れようとしており故意も不法領得の意思も認められる。

(4)したがって甲の上記行為に2項詐欺罪が成立する。

2(1)また、甲がEに対して、Eが参考人となった際に、アカウントが乗っ取られた事実を話すように言った行為について、証拠隠滅教唆(104条、61条1項)が成立しないか。

(2)まず、Eが犯人は甲でないとする虚偽の供述として、供述録取書に署名押印した行為が証拠隠滅罪の構成要件に該当するか。104条の「証拠」は物理的な証拠方法に限られ供述それ自体のような、証拠方法から認識された無形の内容である証拠資料は含まれないと解する。したがって、虚偽の供述が供述録取書に録取された場合であっても、これを罰することは虚偽の供述自体罰することと変わりがないため、同罪は成立しないと解する。したがって、Eが取調べで甲が犯人ではないと虚偽の供述をして、その内容の供述録取書が作成されそれに署名押印しても同罪は成立しない。

(3)ただし、Eが犯人は甲ではないと虚偽の供述をしたことによって、甲の逮捕を免れさせようとしているから「隠避」(103条)をしたといえ、犯人隠避罪の構成要件に該当する。

(4)甲はEに対し上記虚偽供述を指示し、Eに行かせたのであるから、犯人隠避罪の教唆犯が成立しないか。たしかに、犯人自身が自己を隠避する場合、期待可能性の欠如により同罪で処罰されない。しかし、他人を教唆してまで隠避しようとするのは防衛権の濫用であること、他人に罪を行わせることにより法益侵害の危険性が高まることから、犯人が第三者に自己の隠避を教唆した場合、教唆犯が成立すると解する。

甲は、自己の「隠避」を、第三者である知人のEに指示して行わせているのであるから、Eを「教唆」し「犯罪を実行」させたといえる。

(5)したがって、甲には犯人隠避教唆(103条、61条1項)が成立する。

3以上より、甲には2項詐欺罪(264条2項)、犯人隠避教唆(103条、61条1項)が成立し、両者は別個の法益に対する別個の行為なので、併合罪(45条前段)となる。

第3 設問2(2)

1(1)乙が甲に対して「払えないならお前の悪事を警察にばらす」と言った行為に、2項恐喝罪(249条2項)が成立しないか。

(2)「人を恐喝して」とは、恐喝行為により相手方が畏怖することをいう。恐喝とは相手方の犯行を抑圧するに至らない程度の暴行・脅迫をいい、脅迫とは相手方を畏怖させるに足りる害悪の告知をいう。ここで、害悪の告知自体が適法なものでも相手方が畏怖する場合があるから、害悪の告知の内容が違法であることを必要としない。本件において乙が甲の悪事を警察に通報すること自体は適法であるが、それによって甲は警察に逮捕されることを恐れたのであるから、「人を恐喝した」といえる。

(3)「財産上不法な利益を得」たとは、畏怖に基づいて財産の処分行為を行い財産上の損害を生じたことをいう。ここで、本件では乙は自身に対する債務の弁済を受けただけであり、甲に財産上の損害を生じさせたとはいえないか問題となる。恐喝罪は個別財産に対する罪であるから、財産上の利益の処分自体が財産上の損害といえる。したがって、乙が甲の3万円の報酬が債務の弁済を受領する正当な権利行使をした場合でも、財産上の損害があるといえる。

したがって、「財産上不法な利益を得」たといえ、構成要件に該当する。

(4)もっとも、本件において乙に権利行使という正当な目的があった上、乙の脅迫内容自体は警察にばらすというもので、物理的危険性の高いものではないから、手段として社会的相当性の範囲内であるから、違法性を阻却する。

(5)したがって、乙の上記行為に2項恐喝罪(249条2項)は成立しない。

以上

最優秀答案

回答者 K・Sさん

第1 設問1

1. 甲が警察官Dの前でわざとグラニュー糖入りのポリ袋を落とすことでDに甲の覚醒剤所持を疑わせて、Dがパトロールに出られなかった行為について、甲に偽計業務妨害罪(刑法(以下、法名省略)233条後段)が成立するか検討する。

2. (1)「偽計」とは欺罔行為を用いて相手方を欺くことをいうところ、甲はわざと覚醒剤に見えるような白いグラニュー糖をポリ袋につめたものをDの前に落としている。そしてDはこの物体を覚醒剤ではないかと疑っている。そのため、欺罔行為を用いて相手を欺いたといえ、甲の行為は「偽計」に当たる。

(2)「業務」とは社会生活上の地位に基づき反復継続して行われる事務をいうところ、公務員であるDの事務は公務に当たり、公務執行妨害罪(95条1項)の構成要件に該当するものの「業務」には含まないのではないかと問題となる。

この点、権力的公務であれば実力を用いて妨害を排除できるものの、非権力的公務の場合はできない。また、非権力的公務は一般的な公務でない業務とその態様は変わらない。したがって、「業務」には非権力的公務のみが含まれると解する。もっとも、権力的か否かは一律に区別できないため、個別具体的に考えるものとする。

Dの行う予定であったパトロールは、令状の効力により身体を拘束可能な強制力を有する逮捕行為等と異なり非権力的公務である。したがって「業務」に該当する。

3. 甲の欺罔行為によりDはパトロールに出られていないため「妨害した」といえ、また、因果関係も認められる。甲はわざと覚醒剤と疑われるようなポリ袋を落とし、Dに自らを追わせているため構成要件該当行為の認識があるといえ故意(38条1項)も認められる。

4. よって甲に偽計業務妨害罪が成立する。

第2 設問2(1)

1. 甲が乙に、報酬3万円を支払わなかった行為に詐欺利得罪(246条2項)が成立するか検討する。

(1)「人を欺いて」(同条1項)とは、財物又は利得の交付の判断の基礎となる重要な事実を偽ることをいう。甲は報酬を支払う意思がないにもかかわらず、来週改めて持参する旨を乙に伝え甲を帰している。乙が甲のかかる意思を知っていれば甲を帰さなかったといえるため、甲が嘘をついた行為は「人を欺いて」に当たる。

(2)そして甲の欺罔行為により乙は錯誤に陥り、甲を帰宅させたために甲から連絡を絶たれている。甲は支払いを免れたとして「財産上不法の利益を得」たといえるか。1項詐欺罪との均衡から、「財産上不法の利益を得た」とは具体的・確実に支払いを免れる状況を作出することをいうと考える。本件では、後述のように乙の有する債権は民法上、不法原因給付に当たるため、支払いをうけられなかった場合に乙が警察等に助けを求めるとは考え難い。甲と乙は知人であるにすぎないため連絡が絶えてしまえば甲は乙から支払いを求められることはないと考えられる。したがって、かかる要件はみたす。

(3)もっとも、乙には損害が発生しているか。乙の債権は犯罪に加担した報酬であるため民法708条の不法原因給付に当たり正当な支払請求権を有していないと思え問題となる。この点、民法と刑法では保護法益が異なり、財産秩序の維持という刑法の観点からは、不法原因給付物であっても保護の要請が働く。したがって、このような債権の履行を受けられないことも損害に当たる。

(4)甲の欺罔行為とその乙の損害には因果関係があり、甲の故意も認められる。

(5)よって甲に詐欺利得罪が成立する。

2. 甲がEに対し、自らが犯人でない旨の供述をするよう依頼した行為に犯人隠避罪の教唆犯(103条後段、61条1項)が成立しないか。

(1)「隠避」とは蔵匿以外の、官憲からの発見・逮捕を免れるための一切の行為をいうところ、犯人である者をかばって、その者が犯人でないとして供述することは、捜査を妨害し真実の発見を遅らせ、または困難にしてしまうための「隠避」に含まれると考える。

(2)Eは、甲が犯人である旨を知っていて、甲が犯人でないとして供述しているため同罪について故意があるといえ、同罪が成立する。

(3)もっとも、103条の文言から、同罪は犯人本人には成立しないため、より犯罪の軽い教唆犯も成立しないのではないかと問題となる。

この点、犯人本人に同罪が成立しないのは期待可能性がないためであるところ、他人を用いて自らを隠避させることは期待可能性がないとは言えないし、防御権の濫用といえる。また、犯人の証言の方が信用されやすい点から捜査の妨害の程度も大きい。したがって犯人本人に教唆犯は成立し得る。

そして、本件ではEの供述によって甲は釈放されていないものの、この点は同罪の成否に影響しない。

(4)よって、甲に犯人隠避罪の教唆犯が成立する。

3. Eが供述録取書に署名・押印した行為について、甲に証拠偽造罪の教唆罪が成立する(104条、61条1項)。甲は直接的に署名・押印するようEへ申し向けたわけではないが、2で述べた犯罪が甲に成立する以上、署名・押印についても甲からEへ黙示的な働きかけがあったと考えられるためである。

4. 以上より、甲には詐欺利得罪、犯人隠避罪及び証拠偽造罪の教唆犯が成立し、3つの罪は併合罪(45条前段)となる。

第3 設問2(2)

1. 乙が甲に、「払えないならお前の悪事を警察にばらす。」と言い、甲に3万円を支払わせた行為は恐喝罪(249条1項)が成立するか。

2. (1) 乙の上記の申し向けは脅迫に該当するため「人を恐喝して」に当たる。そして甲は畏怖して3万円という「財物」を乙へ「交付」している。

(2) もっとも甲に損害はあるのか。まず甲の支払った3万円は不法原因給付物であり甲に返還請求権はないものの、第2の1(3)で述べたように保護に値するため「損害」にあたる。しかし、乙は自らの有する債権を行使したにすぎず、甲に損害は発生してないのではないか。

この点、自らの権利の行使であっても、平穏に履行することと脅されて履行することでは価値が異なる。そこで、自らの権利の行使であっても、社会通念上、履行請求手段として相当でない場合は、そのような態様の履行請求に対し支出した財産は損害にあたると解する。

本件では乙の請求は債権の範囲内であるものの、警察に突き出す旨を伝えることは、甲が犯罪を行っていたとしても、社会通念上、平穏な請求手段とは評価し難い。したがって甲の3万円の支払いは損害に当たる。

(3) 因果関係や故意に欠けるところはない。

3. よって、恐喝罪が成立する。

以上

答案作成、お疲れさまでした。

論じて頂きたかった点にほぼ全て気づいて頂き、作成者として感謝申し上げます。

本当によくできた答案でした。今回の問題はレベルこそそこまで難しくはないものの、論じるべき点が多く、それを4頁に綺麗にまとめられており、とても感心しました。特に、犯人陽避と証拠隠滅のどちらが成立するののかという点について考えて頂きたかったのですが、その点を上手く検討できており、良かったです。

形式面で2点だけ指摘させていただきます。

字がとても綺麗で読みやすいため、[こちら](#)の答案のスタイルでも問題ないとは思いますが、論点について展開するときは、論証・規範部分とあてはめ部分とで、ナンバリングを分けると読みやすくなると思います。

また、修正するときに答案用紙記載の枠からはみ出て挿入している箇所がありましたが、本番の試験では枠からはみ出ると採点の対象外になってしまいます。令和7年度の試験まで手書きで、しかも上位合格を狙える答案であるからこそ、気を付けて頂きたいところです。

前述しましたが、分量が多くなりがちな刑法で周りの受験生に書き負けずに、必要十分にまとめられるため、今年の予備試験でも上位合格を狙えると思います。

この調子で頑張ってください！応援しています！！

最優秀答案

回答者: K・Sさん

表

試験科目
刑法II

刑去II 1頁

第1 設問1

1. 甲が警察官Dの前でわざとガラクタを入りのポリ袋を落とすとDに甲の覚醒剤所持を疑われて、DがPTD-1Lに出されたが、この行為については、甲に偽計業務妨害罪(刑法(以下、江名省略)233条9号検)が成立するが存続する。

2.(1) 「偽計」とは期間行為を用いて相手方を欺くことである(1)甲はわざと覚醒剤に臭気のような目印を入れたポリ袋をポリ袋にのめたものをDの前に落とす。そしてDは二の物作を覚醒剤であると疑っている。このため、期間行為を用いて相手方を欺いたといえ、甲の行為は「偽計」に該当する(1)

(2) 「業務」とは社会生活上の地位に基き反復継続して行われる職務をいふと、公務員であるDの職務は公務に当たり、公務執行妨害罪(95条1項)の構成要件に該当するものの「業務」には含まれない(1)問題と仮定する

この点、権力の業務と実力は実力を用いて妨害を排除できるものの、非権力の業務の場合にはできない。また、非権力の業務と権力の業務は一般的に、公務員でない業務とその態様は変わらぬ。したがって、「業務」には非権力の業務のみが含まれると解する。むしろ、権力の業務は一律に別であるため、個別具体的に考えなければならない(規範)

Dの行う予定であったPTD-1Lは、念状のなかにより身体を拘束可能な強制力を有する逮捕行為等と異なり非権力的公務である。したがって「業務」に該当する。「業務」について検討している(規範:3、あてはめ:2)

3. 甲の期間行為によりDはPTD-1Lに出されたため「妨害した」といえず、因果関係も認められる。甲はわざとポリ袋を落とし、Dに自らを迫らせているため構成要件該当行為の認識があるといえ(95条1項)を前提とする

第2 設問2(1)

1. 甲が乙に報酬3万円を支払ったが、この行為に詐欺利得罪(246条2項)が成立するが存続する(1)詐欺利得罪(246条2項)について検討している(1)

2.(1) 「人を欺いて」(同条1項)とは、財物又は利得の交付の判断の基礎となる重要な事実を偽り、虚偽の事実を述べ、甲は報酬を支払う意思がないにもかかわらず、現改めて持参する旨を乙に伝え甲を騙している。乙が甲の持参意思を知り、いかに甲を騙したかといえず、甲が嘘をついた行為は「人を欺いて」に該当する(1)上記の定義の意味を理解して、あてはめができています。「欺く」行為について検討している(3)

(2) そして甲の期間行為により乙は錯誤に陥り、甲を騙したために甲と連絡が絶たれている。甲は支払うと見られたとして「財産上不法の利益を得た」といえず(1)「詐欺利得罪」の均等性から、「財産上不法の利益を得た」とは具体的・確実な支払うと見られたと作出することとをいふと考え、本件では、後述のように乙の権利保護は民法上、不法原因給付に当たらず、支払うと受け取られた場合に乙が警察等に助けを求めると考え難い。甲は乙に「支払う」といって連絡が絶たれてしまった。甲は乙から支払うと求められることはないと考えられる。したがって、甲は要件は4790(2)「詐欺利得罪」の要件に該当する(2)「詐欺利得罪」の要件に該当する(2)「詐欺利得罪」の要件に該当する(2)

(3) もし乙は「詐欺利得罪」が成立して、乙の権利保護は民法上、不法原因給付に当たらず、支払うと受け取られた場合に乙が警察等に助けを求めると考え難い。甲は乙に「支払う」といって連絡が絶たれてしまった。甲は乙から支払うと求められることはないと考えられる。したがって、甲は要件は4790(2)「詐欺利得罪」の要件に該当する(2)「詐欺利得罪」の要件に該当する(2)

「妨害」については危険犯説と侵害犯説とで見解が分かれるところなので、その点を踏まえて論述できるとベターです。

答案作成、お疲れさまでした。

論じて頂きたかった点にほぼ全て気づいて頂き、作成者として感謝申し上げます。

正直申し上げますと、私の作成した参考答案よりも受講生にとって参考になる答案だったと思います。それくらい素晴らしい答案でした。内容面で、本問で問題となる点（典型論点を含む）について、問題の所在を事実関係を拾って論述できている点がとても好印象でした。多くの受験生が検討する点について、「論点主義ではない」という点をアピールできていたと思います。また、形式面になりますが、文字もとても読みやすく、その点も本番で採点者にとって好印象だと思います。

一点だけ、注意して頂きたい点ですが、今回は論じるべき分量が多い問題で、その中でメリハリをつけながら4頁いっぱいまで答案をまとめられていました。問題によっては考えたことないことを問われ、70分間で4頁いっぱいまで答案を書けないことも考えられます。刑訴法との時間配分を工夫してみたり、引き続き書く練習をして筆力を上げるなどしてみてください。

この調子で学習を続けていけば、今年の予備試験の合格（しかも刑法については上位で）を狙える位置にいます。合格してください！応援しています！！